

**N° 193
AÑO LXI
ENERO - JUNIO 1993
Fundada en 1933**

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

***LOS ASPECTOS JURIDICOS DE LAS TECNICAS DE
REPRODUCCION ASISTIDA: LEY ESPAÑOLA
Y MARCO EUROPEO ****

CARMEN HERNANDEZ IBAÑEZ
Profesora Titular de Derecho Civil,
Vicerrectora de Coordinación de la
Universidad Complutense de Madrid.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Los descubrimientos y avances tecnológicos y científicos que se han producido y continúan lográndose, en especial en el campo de la Biotecnología y de la Medicina, nos han conducido a nuevas perspectivas en el ámbito de la procreación humana como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida.

Lo que hasta hace unas décadas parecía sólo posible en la biología y la botánica, hoy también es factible en la especie humana. La procreación ya no es exclusiva del acto sexual entre el hombre y la mujer, sino que también cabe a través de la fecundación asistida. Todos estos progresos originan nuevas posibilidades para la humanidad, pero también conllevan serios planteamientos éticos, morales, religiosos y jurídicos y, cómo no, a la aceptación de unos y el rechazo de otros. Pues como muy bien señala la Exposición de Motivos de la Ley española de 22 de noviembre de 1988: "Las técnicas sobre reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el ámbito de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces (...). Pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda beneficiosos para el individuo y la humani-

* Conferencia de la autora, dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Concepción, con motivo de una invitación a ésta.

dad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, éticos, biomédicos y jurídicos principalmente. Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad, de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer".

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 regula la inseminación artificial, la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos, siendo España el primer país con una ley que trate la totalidad de estas técnicas, puesto que la Ley sueca de 20 de diciembre de 1984 se ocupa únicamente de la inseminación artificial¹.

Una vez que nuestra ley ha regulado y admitido todo tipo de técnicas de reproducción asistida, excepto la maternidad subrogada, podemos hacer un pequeño recorrido doctrinal y legislativo que esboce las distintas posturas que se han mantenido.

En primer lugar vamos a ver aquellas opiniones negativas, es decir, las que en un sentido general no admiten ningún tipo de procreación artificial. Esta postura es mantenida por Batlle², que opina que la fecundación artificial no puede ser admitida en ningún supuesto. Condena la inseminación artificial como ilícita, por contrariar las esencias más íntimas de la sociedad. Piensa que si los hijos son necesarios para la sociedad, no es necesario que todos los individuos tengan hijos. Como conclusión de su trabajo³, considera que la inseminación artificial en la mujer es una aberración constitutiva de un hecho ilícito que debe ser reprimido. Y como el Derecho actual no ofrece términos hábiles y suficientes para ello, el legislador debe adoptar posiciones frente al mal que se va difundiendo y atajarlo con disposiciones especiales, creando en el Código Penal el delito de inseminación artificial, con sanciones adecuadas a la gravedad de los hechos, y teniendo en cuenta que muchas veces la práctica discurre por cauces parejos al adulterio. Observa que un avance más en la técnica, si no se cortan estos abu-

¹ Posteriormente se han promulgado la Ley inglesa y la Ley alemana.

² Batlle, "La eutelegenesia y el derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1949, págs. 657-671.

³ Batlle, ob. cit., págs. 670-671.

sos contra natura, permita un día aislar los óvulos femeninos y crear los hijos in vitro.

Las observaciones que hace Batlle a estas técnicas son drásticas, puesto que no admite ninguna ni en ningún supuesto, y propugna el tipificar la inseminación artificial como un delito, vislumbrando ya que en un futuro pueda darse también la fecundación in vitro. Hay que tener en cuenta que este artículo se publicó en 1949, cuando se estaban empezando a plantear estas nuevas técnicas de ingeniería genética, aunque ya se habían producido supuestos en algunos países.

Para Sancho Rebullida⁴, la inseminación artificial de mujer casada con semen de donante no puede en ningún caso obtener amparo legal ni financiación con fondos públicos, aquí hay una alteridad y consiguiente implicación en el orden jurídico: es una especie de tele-adulterio-clínico que el Derecho no acepta. En cuanto a la fecundación in vitro, estima que no puede ser legalizada, por aplicación estricta del principio pro-vida, ni siquiera cuando se realiza con gametos procedentes del marido y de la mujer. Y ello por la defensa y amparo de la vida humana; con independencia, pues, de la valoración moral del mito de obtención de gametos, y de la valoración moral e innaturalista que merezca la disociación de los aspectos reproductivo y unitivo de la generación.

Al mismo tiempo, también hay numerosos autores que aceptan y admiten la aplicación de estas técnicas, aunque algunos establecen ciertas limitaciones.

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, de 22 de febrero de 1987, señala en la Introducción: "Si tales técnicas permiten al hombre tener en sus manos el propio destino, lo exponen también a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la naturaleza. Por eso, aun cuando tales técnicas pueden constituir un progreso al servicio del hombre, al mismo tiempo comportan graves riesgos. De ahí que se eleve, por parte de muchos, una llamada urgente a salvaguardar los valores y los derechos de la persona humana en las intervenciones sobre la procreación... cualquier intervención sobre el cuerpo humano no alcanza únicamente los tejidos, órganos y funciones, afecta también, y a diversos niveles, a la persona misma... Tales procedimientos no deben rechazarse por el hecho de ser artificiales; como tales testimonian las posibilidades de la medicina, pero deben ser valorados moralmente por su relación con la dignidad de la persona humana, llamada a corresponder a la vocación divina, al don del amor y al don de la vida... Respecto a la transmisión de otras formas de vida en el universo, la comunicación de la vida humana posee una originalidad propia, derivada de la originalidad misma de la persona humana. Y como la vida humana se propaga a otros hombres de una manera consciente y responsable, se sigue de aquí que esta propagación debe verificarse de acuerdo con las leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser cumplidas y respetadas por todos. Nadie, pues, puede lícitamente

⁴ F. Sancho Rebullida, "Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas", para la comisión especial de estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados, diciembre 1985, págs. 17-18.

usar en esta materia los medios o procedimientos que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales. Los progresos de la técnica hacen posible, en la actualidad, una procreación sin unión sexual, mediante el encuentro 'in vitro' de células germinales extraídas previamente del varón y de la mujer. Pero lo que es técnicamente posible, no es, por esa sola razón, moralmente admisible".

Continúa la Instrucción: "La fecundación artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y el derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio... es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el espermatozoides de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el espermatozoides del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. El deseo de tener un hijo y el amor entre los esposos que aspiran a vencer la esterilidad no superable de otra manera constituyen motivaciones comprensibles, pero las intenciones subjetivamente buenas no hacen que la fecundación artificial heteróloga sea conforme con las propiedades objetivas e inalienables del matrimonio, ni que sea respetuosa de los derechos de los hijos y de los esposos".

En cuanto a la fecundación "in vitro". "El procedimiento de fecundación in vitro con trasplante de embriones se debe juzgar en sí mismo, y no puede recibir su calificación moral definitiva de la totalidad de la vida conyugal en la que se inscribe, ni de las relaciones conyugales que pueden precederlo o seguirlo. Ya se ha recordado en las circunstancias en que es habitualmente realizado, la fecundación in vitro con trasplante de embrión implica la destrucción de seres humanos, lo que la pone en contradicción con la ya mencionada doctrina sobre el aborto. Pero aún en el caso de que se tomasen todas las precauciones para evitar la muerte de embriones humanos, en la fecundación in vitro con trasplante de embriones homóloga actúa una disociación entre los gestos destinados a la fecundación humana y el acto conyugal... La iglesia es contraria desde el punto de vista moral a la fecundación homóloga in vitro. Esta es en sí misma ilícita, y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal, aun cuando se pusieran todos los medios para evitar la muerte del embrión humano".

En cuanto a "la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad normal... Por eso, la conciencia moral no prohíbe necesariamente el uso de algunos medios artificiales destinados exclusivamente sea a facilitar el acto natural, sea a procurar que el acto natural realizado de modo normal alcance el propio fin. Si el medio técnico posibilita el acto conyugal o le ayuda a alcanzar sus objetivos naturales, puede ser moralmente aceptado. Cuando, por el contrario, la intervención técnica sustituya al acto conyugal, será moralmente ilícito".

Y, por último, con respecto a la maternidad sustitutiva, ésta "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 jurídicos, psíquicos y morales que la constituyen".

El informe Warnock³ admite estas técnicas en un sentido amplio, pero en la elaboración del mismo no ha habido una opinión unánime respecto a la permisibilidad de las mismas. Sin embargo, el sentir general ha sido afirmativo, lo cual no es óbice para que en el mismo queden reflejados los pareceres discrepantes. Por ello se ha esgrimido una serie de argumentos en contra de la procreación artificial: 1º Es una equivocación tomar medidas activas para la procreación humana en países ya de por sí superpoblados; 2º Es erróneo interferir la obra de la naturaleza, o lo que se cree que puede constituir la voluntad divina. 3º El deseo de tener hijos no es más que un deseo y que como tal no cabe elevar a la categoría de necesidad.

A estos puntos de vista se ha respondido con otros argumentos: 1º El número de niños nacidos como resultado de la aplicación de técnicas terapéuticas contra la esterilidad siempre será insignificante en comparación con la creciente tendencia aumentativa de la población en nuestro planeta. 2º Que el tratamiento a las personas estériles es contrario a la naturaleza, no parece muy convincente si nos fijamos en la ambigüedad de los conceptos "natural" y "antinatural". 3º La medicina hace tiempo ya que no se ocupa con carácter exclusivo de preservar la vida humana, sino también de remediar las deficiencias funcionales del organismo. Bajo esta perspectiva, la incapacidad de procrear hijos constituye una disfunción cuyo planteamiento debería ser igual que el de cualquier otra. En resumidas cuentas, llegamos a la conclusión de que la esterilidad es un estado que merece un tratamiento.

La Ley sueca sobre inseminación artificial de 20 de diciembre de 1984, también acepta la inseminación artificial, puesto que preceptúa que la inseminación artificial homóloga es una medida ginecológica más para remediar la falta involuntaria de hijos en una pareja. Y parte del principio de que el tener hijos no es un derecho humano incondicional, y por ello estas actividades sólo deberán ser permitidas en el supuesto de que se den las posibilidades necesarias para que el niño en gestación pueda crecer en condiciones favorables. En cuanto a la inseminación artificial heteróloga -continúa la misma ley-, puede ser considerada como un método para ayudar, en ciertos casos, a familias que no pueden tener hijos debido a la esterilidad del hombre.

La promulgación de nuestra ley ha sido el resultado de todo un proceso legislativo, que tuvo su origen al acordar la Mesa de la Cámara, el 2 de noviembre de 1984, la creación de una Comisión Especial de Estudio sobre Fertilización

³Emitido por una comisión nombrada por el gobierno inglés, en 1982, para examinar las implicaciones sociales, éticas y legales de los descubrimientos recientes y potenciales en el campo de la reproducción humana, cuyos resultados han salido a la luz el 19 de julio de 1984.

Extracorpórea, integrada por un miembro de cada grupo parlamentario, procediéndose a su constitución formal el 29 de mayo de 1985⁶.

La Ley española es pionera en esta materia, aunque no significa, desde mi punto de vista, que sea una ley aceptable en su totalidad, ni tampoco que haya resuelto los problemas que se planteaban, porque aunque ha regulado más supuestos de lo que se demandaba, todavía existen lagunas legales, si bien es cierto, que siempre cabe acudir a las fuentes subsidiarias. La Ley ha tenido alguna mejora a lo largo del iter legislativo, a pesar de las escasas enmiendas que se aceptaron, aunque algunos aspectos que se regulaban en la Proposición de Ley ofrecían una claridad mayor⁷.

Es una ley que ha suscitado controversias dentro de la Doctrina y opiniones muy dispares. Con carácter general ha recibido más críticas que aprobaciones⁸. Una primera objeción que se puede hacer es que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no se ha tramitado como ley orgánica, siendo esto lo apropiado al afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona a tenor de lo que dispone el art. 81 de la Constitución española. Ha sido la Comisión de Política Social y Empleo, a la vista del informe jurídico emitido por la Ponencia, la que aprobó con competencia legislativa plena la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Respecto a la forma, se le ataca de una pésima redacción, que se puede apreciar en numerosos preceptos, y en

⁶ Por acuerdo unánime, se solicitó a la Mesa del Congreso y a la Junta de Portavoces el cambio de denominación de la Comisión, por considerar que la inicial era excluyente de algunas materias que precisaban tratamiento y que no se ajustaban en algunos casos a los procedimientos que se siguen con estas técnicas. La propuesta fue aceptada, pasando a denominarse definitivamente Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas.

Se requirió la presencia, por conducto de la Presidencia de Gobierno, de personas cuyo criterio se estimara conveniente oír, proponiéndose 36 por los diferentes grupos parlamentarios entre biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas.

La presidencia de la Comisión fue asumida por el Dr. Palacios, diputado por el P.S.O.E. Fruto de ello fue el informe aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Informe que consta de 3 partes; las dos primeras se dividen en siete capítulos y tratan los aspectos generales de estas técnicas y sus repercusiones jurídicas, médicas, éticas, morales, etc. La tercera parte recoge las 155 recomendaciones, así como los cuadros de datos, el glosario y la documentación recibida.

Como consecuencia de este Informe, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida el 9 de mayo de 1987. Hubo 412 enmiendas; dos de ellas a la totalidad, con texto alternativo del Grupo Parlamentario Vasco y Grupo de Coalición Popular (B.O.C.G. de 14 de marzo de 1988), siendo rechazadas, al igual que la mayoría de ellas. El Informe de la Ponencia fue de 13 de mayo de 1988, y se aprobó por la Comisión con competencia legislativa plena el 27 de mayo del mismo año. El texto fue remitido por el Congreso al Senado el 31 de mayo. En esta Cámara se formularon 168 enmiendas (B.O.C.G. de 22 de junio de 1988). El informe de la Ponencia de 14 de septiembre aceptó las 14 enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista, rechazando el resto de las presentadas por los demás grupos parlamentarios. El Dictamen de la Comisión es de 21 de septiembre. El texto fue aprobado por la Cámara Alta el 5 de octubre, y la aprobación definitiva por el Congreso es de 31 de octubre de 1988. La sanción por el Jefe del Estado es de 22 de noviembre de 1988, siendo por tanto ésta la fecha de la ley y se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 24 del mismo mes.

⁷ Para determinar la filiación era más preciso el Proyecto de Ley que la Ley, ya que ahora se presupone ésta, y anteriormente en el art. 8 Nº 3 quedaba regulada.

⁸ Vid. F. Pantaleón. "Contra la Ley sobre Técnicas de Fecundación Asistida". *Rev. Jueces para la Democracia*. Diciembre 1988; L. Martínez-Calcerrada. "La nueva inseminación artificial" (Estudio L. 22 de noviembre de 1988). Madrid 1989. Los volúmenes "La filiación a finales del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". Edit. Trivium 1988; "Derecho de Familia. Presente y Futuro". Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia.. Tapia. Octubre 1987.

cuanto al fondo hay que señalar bastantes fallos jurídicos, poca concordancia entre los preceptos, lo que no es de extrañar, ya que ha sido una Ley donde los juristas han tenido un papel poco preponderante⁹. También es una Ley a la que se le puede calificar de "Ley de médicos o tecnológica", ya que parece que la presencia de los profesionales y facultativos de la medicina fue decisiva en su elaboración, a raíz del influjo del llamado "Informe Palacios"¹⁰. Por último, tanto la disposición transitoria como las disposiciones finales no se han cumplido, al señalar plazos de seis meses para armonizar los términos de esta Ley con respecto a las Comunidades Autónomas, establecer requisitos y protocolos para su aplicación y constituir una Comisión Nacional de Reproducción Asistida, al igual que el plazo de un año para regular la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con las garantías precisas del secreto y en forma de clave.

Pero a pesar de todas estas objeciones, considero que es acertado haber regulado las técnicas de reproducción asistida, porque ya se estaban realizando en la mayoría de los países desarrollados. Así, en 1978 se produjo el primer nacimiento de una persona, Louise Brown en el Reino Unido, como consecuencia de la fecundación in vitro con transferencia de embriones, y en España tuvo lugar en 1984 en la Clínica Dexeus en Barcelona. Por tanto nos encontrábamos ante supuestos, en los cuales los avances científicos estaban por delante del Derecho. Lo que sí me parece lamentable, es que después de haberse estudiado en nuestro país de una forma seria y rigurosa todo este tema, de haber participado en el informe personas expertas en las diferentes materias y de quedar reflejado en el mismo la pluralidad de opiniones, sin embargo la ley no armonizará los diversos pareceres. No obstante, la ley ha evitado un vacío legal en esta materia, ya que desde finales de 1988 España tiene una Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Hay países que después de Informes y Proyectos han llegado también a regularlo, como son los casos de Gran Bretaña y Alemania a lo largo de 1991. Otras naciones, como Francia, continúan sopesando los pros y los contras que todo esto puede originar. Considero que es de vital importancia que la mayoría de los países traten de homogeneizar la regulación jurídica de estas técnicas, a través de una unificación de criterios y siguiendo las Recomendaciones dadas por el Consejo de Europa. En definitiva, que se ponga el máximo empeño para que en la regulación de la fecundación asistida se tenga siempre en cuenta *“y primen ante todo los derechos y la dignidad de la persona humana en su más amplio aspecto, es decir, desde los inicios de la misma.*

⁹ A modo de ejemplo el art. 6 Nº 3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida señala que el consentimiento del marido es necesario, si la mujer es receptora de estas técnicas, "...a menos que estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente". La separación y el divorcio son instituciones jurídicas diferentes, siendo el divorcio una forma de disolución del matrimonio. Por lo que no se puede decir "... si estuvieran separados por sentencia firme de divorcio", ya que el divorcio no origina el estado de separado, porque no hay separación. Y la separación de hecho y por mutuo acuerdo se pueden considerar desde el punto de vista jurídico lo mismo, aunque puede haber separaciones legales por mutuo acuerdo. Lo que es claro es que no hay 3 clases de separación: legal, de hecho y por mutuo acuerdo.

¹⁰ L. Martínez-Calcerrada. Ob. cit., pág. 209.

También es éste el espíritu que se observa en la Recomendación 1100 (1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que en el punto 9 *Recomienda al Comité de Ministros*: "A) Definir un cuadro de principios, inspirado en el contenido de la presente *Recomendación* y en su *Anexo*, así como en las *Recomendaciones* 934 (1982) y 1.046 (1986), a partir de la cual las leyes y reglamentaciones nacionales pueden ser elaboradas lo más universales y homogéneas posible. B) Invitar a los gobiernos de los Estados miembros. D... orientar y controlar las posibilidades de aplicación de evaluar los resultados, ventajas e inconvenientes, principalmente desde un punto de vista general... II) A emprender las medidas para garantizar que la colectividad esté bien informada... sobre las actuaciones relacionadas con las técnicas de reproducción asistida y sus derivaciones, y muy concretamente sobre la fecundación in vitro y la utilización de gametos, de embriones o fetos humanos con fines de investigación científica o cualquier otra (...) A establecer los registros nacionales o regionales y a regular el funcionamiento de los Centros en los que se lleven a cabo la investigación o la experimentación con material reproductor, sean gametos, embriones o fetos humanos o sus células, tejidos u órganos, y a controlar y evaluar las actuaciones, vigilando que sus equipos biomédicos y científicos estén debidamente cualificados para tales fines y cuenten con los medios precisos".

II. FINES Y OBJETIVOS DE LA LEY

La finalidad y utilización de estas técnicas está recogida en el art. 1 Nº 2, 3 y 4 de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La primera redacción del art. 1 Nº 2, publicada en el *BOE* de 24 de noviembre de 1988, disponía: "Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces". Pero advertido un error, este apartado quedó rectificado en el *BOE* de 26 de noviembre de 1988, que añade el término "fundamental" detrás de la palabra "finalidad". Lo que era lógico porque así había sido recogido en la Proposición de Ley, aunque me parece un desacierto, pues al haber introducido "fundamental", hay que entender que las técnicas sobre Reproducción Asistida tienen como finalidad prioritaria, pero no única ni exclusiva, la actuación médica ante la esterilidad humana, cuando no se puedan aplicar otras. Deduciéndose que se permite el empleo de estas técnicas en otros supuestos, es decir, que no es imprescindible que exista una anomalía humana que origine la esterilidad, sino que también se pueden practicar si la mujer lo desea a pesar de no tener ella, su marido o compañero ninguna imposibilidad para poder procrear. Creo que estas técnicas sólo se debían llevar a cabo, y así debía haberlo regulado la ley, como vía alternativa a la esterilidad de la pareja humana, no como una posibilidad más de procreación.

El Nº 3 del mismo artículo señala que también se podrán utilizar estas técnicas "en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén directamente indicadas". Y el Nº 4 reza así: "Podrá

utilizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los arts. 14, 15, 16 y 17 de esta ley".

Este precepto nos remite a otros de la ley, que me parecen en general bastante desafortunados, y en algunos casos me atrevería a decir que rozan lo que se denomina bestialismo, aunque eso sí a través de las técnicas de fecundación asistida. Así el art. 14 Nº 4 dice: "Se autoriza el test del hamster para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos, hasta la fase de división en dos células del óvulo del hamster fecundado, momento en que se interrumpirá el test. Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente o, en su caso, de la Comisión Nacional multidisciplinaria si tiene competencias delegadas". No puedo imaginar lo que ocasionaría ese experimento, si se autorizara por los organismos competentes, y lo peor es que a éstos no se les pone ningún límite.

Creo que este precepto se ha desviado y no ha seguido la línea que indica la Recomendación 1.046 (1986) del Consejo de Europa, que en su número 14 *Recomienda* al Comité de Ministros: IV- Prohibir todo lo que se podría definir como manipulaciones o desviaciones no deseables de estas técnicas: 1) La fusión de gametos humanos con los de otra especie. 2) Investigación en embriones humanos viables, y 3) La experimentación en embriones vivos o no. El mismo sentir se desprende de la Recomendación 1.100 (1989) que en su punto 9 *Recomienda* al Comité de Ministros: IV- A promover las investigaciones dirigidas: a) a perfeccionar los procedimientos de las técnicas de reproducción asistida, exclusivamente en los casos donde esté autorizada, b) a profundizar en el conocimiento de las estructuras y funciones de la célula humana, en especial de las células reproductoras, así como en el desarrollo embriológico, de la reproducción y de la herencia, c) con fines de diagnóstico y fines de tratamiento, especialmente de enfermedades que afecten a los cromosomas o a los genes".

El art. 2 Nº 1 dispone que estas técnicas sólo se utilizarán si hay posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la madre y de la posible descendencia. Precepto que debe ser relacionado con el anterior, quedando así determinados los supuestos en que tiene lugar la reproducción asistida.

III. PERSONAS USUARIAS DE ESTAS TECNICAS

El art. 6 Nº 1 y 2 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida regula quiénes son destinatarias y en su primer apartado dice: "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria..." exigiendo únicamente que preste su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito, con la única limitación de que deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar. Precepto éste muy parecido al art. 2 Nº 1 aptdo. b), por lo que pienso que este último debía haber sido suprimido, evitando así regular esto de forma repetitiva.

La plena capacidad de obrar requiere tener 18 años cumplidos, ya que nuestro ordenamiento estima que ésta es la edad para alcanzar la mayoría de

edad, adquiriéndose de forma automática la plena capacidad de obrar, excepto en aquellos supuestos en que un menor haya sido incapacitado. También puede ocurrir que una persona mayor de edad sea incapacitada si incurre en alguna de las causas establecidas en el art. 200 del Código Civil. Por tanto, creo que es una redundancia la referencia que se hace a los 18 años, siendo suficiente exigir la plena capacidad de obrar, ya que ésta implica dicha edad.

No estoy de acuerdo con que pueda ser usuaria de estas técnicas "toda mujer", porque significa que cualquiera puede ser receptora sin necesidad de que sea estéril, con lo que en principio se está transgrediendo el art. 1 Nº 2 de esta ley, aunque como he señalado este precepto dice: "Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana...". Así, el art. 6 deja abierta la posibilidad de hacer uso de la fecundación asistida a cualquier mujer con plena capacidad de obrar, e independientemente de que pueda procrear o no, tanto si está casada como si forma parte de una pareja estable, aunque en ambos supuestos es necesario el consentimiento del marido o del compañero a tenor de lo que disponen los apartados 3 y 4 del art. 6.

Consentimiento que considero imprescindible, debido a que estos hombres van a ser titulares de una relación paterno-filial. No obstante, hay una contradicción con lo preceptuado en el art. 8 Nº 1 y 2, que se refiere a la imposibilidad que tienen de impugnar la filiación de los hijos en la fecundación con contribución de donante, si el marido y el compañero more uxorio prestaran su consentimiento. Por lo que a sensu contrario se podría entender que si no lo hicieran, y se les ha atribuido la paternidad, podrán impugnarla, y que no es requisito sine qua non el consentimiento de ambos miembros de la pareja, ya que textualmente dice este precepto: "... cuando hayan prestado su consentimiento,..." originando la posibilidad de que puedan no emitirlo, estando en clara contraposición con el art. 6 que exige: "Si estuviese casada, se precisará además el consentimiento del marido...". En el caso de que no presten el consentimiento, creo que no se debería permitir a sus mujeres ser usuarias de estas técnicas, quedando excluidas de las mismas por el hecho de estar casadas o tener una relación marital de hecho. Porque a pesar de que toda mujer es en potencia receptora de la fecundación asistida, no me parece aconsejable que si tiene una relación marital bien de iure o de facto sea destinataria de ésta, si no lo consiente su marido o compañero.

No obstante, me hubiera parecido más aconsejable que la fecundación asistida se limitara únicamente a las parejas matrimoniales, pues en principio, parece que pueden ofrecer una mayor seguridad jurídica a los hijos. Además es muy difícil determinar a partir de qué momento, a un hombre y una mujer que viven juntos se les puede calificar como pareja estable. La Ley no señala un plazo mínimo de convivencia, ni ningún otro requisito, únicamente identifica la pareja matrimonial con la pareja estable a estos efectos. Sin embargo, la Proposición de Ley en su art. 7 Nº 2 disponía: "A los efectos de esta ley se deberá considerar como pareja estable a la pareja heterosexual que mantenga una relación similar a la del matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obliga-

ciones de aquél". No obstante, esto fue surpimido en la Ley.

Pero también es receptora de estas técnicas la mujer sola, lo que no significa soltera, sino aquella que no forma parte de una pareja heterosexual, esto es, la mujer que carece de compañero, y la que mantiene una relación homosexual. Tanto en un supuesto como en otro, considero que se ha ido demasiado lejos, y que en estos casos no se debería permitir el hacer uso de estas técnicas. En primer lugar, porque su finalidad fundamental es la procreación humana cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces o exista peligro de transmitir a los hijos una enfermedad hereditaria o de origen genético, no sabiendo a ciencia cierta si esto se produce al carecer la mujer de pareja. En segundo lugar, al no existir un hombre determinado, la fecundación asistida ha de ser heteróloga, lo que significa que ha de ser necesaria la intervención de donante, no teniendo el hijo padre legal, porque según lo dispuesto en el art. 8 N° 3, la revelación de la identidad del donante en los casos en que proceda, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación. Lo que supone que se priva a un niño desde su nacimiento, no sólo de conocer y tener un padre, sino también de vivir en una verdadera familia. Por eso me pareció muy adecuado lo que señala el Informe del Congreso Español¹¹: "Desde una perspectiva ética se ha defendido en la Comisión que la pareja estable debería ser el ámbito necesario en el que se realicen estas técnicas de procreación, no porque se haga una defensa a ultranza de la familia y del matrimonio, sino pensando en los hijos que van a nacer que deberán ser engendrados en el sentido humano más amplio posible, es decir, en la pareja heterosexual estable". Lástima que esto no se haya plasmado en la ley. En tercer lugar, hay que evitar el dejar la puerta abierta a los abusos que conduciría permitir la fecundación asistida a toda mujer que quiera un hijo, sin la molestia de un compañero, pues como muy bien se ha señalado¹² hay que desconfiar de las madres que rechazan la sexualidad, porque ello puede esconder algún motivo o razón de tipo psicológico que pueda perturbar al niño.

Pero si mal me parece que se admita en la mujer sola, peor lo considero en aquella que tenga una relación homosexual y, por tanto, viva con otra mujer. Porque hay que tener en cuenta que esto puede suceder, al ser receptora "toda mujer". A las razones que acabo de exponer, en este caso hay que añadir otra más, y es que el niño vivirá en "una familia", por llamarlo de algún modo, que no reúne las características de ésta, que le puede ser perjudicial, ya que no sólo carecerá de padre, sino que alguien puede ejercer como tal.

Ante esto hay que reflexionar sobre dos cuestiones que tienen gran relevancia: ¿Es la maternidad un derecho inherente a toda mujer?, ¿tiene el niño derecho a nacer dentro de una familia formada por sus progenitores o padres legales? La mujer tiene derecho a ser madre, pero opino que el hijo también lo tie-

¹¹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y la Inseminación Artificial Humanas, pág.57.

¹² J. Robert. "La revolution biologique et génétique face aux exigences du Droit", *Revue du Droit Public* N° 5, 1984, pág.1265.

ne a nacer en una familia, entendiéndose como tal la formada por un padre y una madre. En estos supuestos hay dos derechos que se contraponen, y hay que determinar cuál debe prevalecer. Para mí se encuentra en un orden jerárquico superior el derecho del niño a nacer, crecer y desarrollarse dentro de una familia. Lo contrario da lugar a que éste carezca de padre no sólo durante toda su vida, sino también desde el momento de la fecundación, ya que interviene un donante con el que no le une ningún lazo jurídico-familiar ni tampoco, por norma general, va a conocer su identidad.

La Constitución española en su art. 39 Nº 2 dice: "Los poderes públicos asegurarán... la protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil".

Precepto que alabo y que me parece muy adecuado que se haya introducido en nuestra Ley Fundamental, pero que no considero que sirva como base para haber admitido y permitido la fecundación asistida en mujer sola. Porque es distinto el supuesto de una mujer soltera que se haya quedado embarazada y que por supuesto hay que protegerla con los mismos derechos que la madre casada, que permitir que la mujer sola acuda a estas técnicas, y a través de las mismas dé a luz un hijo que nunca tendrá un padre. Además el mismo art. 39 de la Constitución señala: "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación". Y aquí hay una clara discriminación, porque a este hijo no sólo se le priva de investigar la paternidad, de tener derechos con respecto a su progenitor y con la familia de éste, sino también, y más importante, de tener un padre legal.

Me parece muy peligroso el Nº 4 del art. 2 que dispone: "La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición". Una interpretación literal del precepto nos conduce a admitir la interrupción del embarazo, siempre que la mujer así lo manifieste. Pues no se delimita el tiempo, ni tampoco expresa las circunstancias en que pueda hacer esta petición, sino que por el contrario señala que "en cualquier momento de su realización", con el agravante de que los médicos y el equipo responsable han de atender su petición. Esto está en absoluta contradicción con lo preceptuado en el Código Penal en su art. 417 bis que dispone que la interrupción del embarazo sólo podrá efectuarse durante un plazo determinado y en los supuestos expresamente señalados en la ley¹³. Por tanto

¹³ Art. 417 bis del Código Penal. 1º que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención, por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel o por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2º Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las primeras doce semanas de gestación, y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3º Que se presuma habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las 22 primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto y distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto".

nos encontramos ante un precepto que está en clara contradicción con el Código Penal, y que va más allá de éste al admitir la interrupción del embarazo de forma voluntaria y arbitraria, en supuestos no admitidos por la Ley para la mujer embarazada como consecuencia de la procreación natural. Así, habría que añadir una circunstancia más al art. 417 bis del Código Penal, una vez que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida ha admitido el art. 2 Nº 4. Otra forma de interpretación de este precepto es la realizada por M. Palacios¹⁴, al señalar que lo único que puede pedir la mujer receptora es que se suspendan las técnicas, no el proceso que sigue cuando la transferencia a un vientre ya se ha producido, puesto que las técnicas, en tanto que tales, han terminado desde el instante en que las células germinales han sido depositadas en el interior de la mujer, o los preembriones han sido transferidos al útero. Por mi parte no creo que quede tan claro, ya que se presentaron diversas enmiendas en el Congreso y en el Senado, por los diferentes Grupos Parlamentarios, a excepción del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario Izquierda Unida, y ninguna fue tomada en consideración¹⁵.

IV. NORMAS SOBRE FILIACION EN LA FECUNDACION ASISTIDA

Los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida regulan de forma más específica el ámbito jurídico civil, al hacer referencia de manera específica a la filiación, y a los derechos y deberes que se derivan de la misma.

El art. 7 Nº 1 dispone que: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo". De lo que se deduce que para todo aquello que no se contemple de forma expresa en esta Ley, hay que acudir al Código Civil y a las Compilaciones Forales si regulan la filiación o algún aspecto de la misma. Ninguno de estos textos legales hace referencia a la fecundación asistida, excepto la Ley de Filiaciones de 7 de abril de 1991, aprobada por el Parlamento de Cataluña¹⁶. Esta Ley ha derogado los artículos 4 y 5 de la Compilación Catala-

¹⁴ M. Palacios. "Reproducción Asistida". Discurso y recurso. Gijón 1990. Pág. 122.

¹⁵ La intención de las enmiendas era suprimir este párrafo o bien añadir al mismo otro apartado, con el fin de que la interpretación del artículo no condujera a ningún equívoco en el sentido de que se admitía la interrupción del embarazo. Así, entre las enmiendas presentadas en el Congreso están la Nº 110, que pide la supresión de este apartado, y su justificación es: "Su mantenimiento significaría el aborto libre, conculcando la Ley de interrupción del embarazo en vigor". Enmienda Nº 177, debe añadirse "siempre que ello no suponga aborto", y la justificación es: "Concordancia con la protección de los Derechos Humanos constitucionales".

La enmienda Nº 270 pide la supresión y basa su justificación en que: "Debe prohibirse la supresión de las técnicas reguladoras, pues ello conlleva la destrucción de embriones". La enmienda Nº 292 propone como redacción: "... la suspensión no podrá practicarse una vez se haya producido la concepción.", justificándolo en: "Adaptar el precepto a la legislación española en materia de despenalización del aborto".

En el Senado también se presentarán varias enmiendas, con un sentir muy parecido a las anteriores, cabe señalar: Nº 15; Nº 16; Nº 67; Nº 93; Nº 123 y Nº 148. Sin embargo no fue aceptada ninguna y, consecuentemente, el precepto mantuvo la misma redacción.

¹⁶ D.O.G.C. de 10 de mayo de 1991. El Presidente del Gobierno promovió recurso de inconstitucionalidad a dicha Ley, cuya suspensión se dispuso por providencia de 12 de agosto de 1991. Por auto de 23 de enero de 1992 se ha acordado levantar la suspensión de la vigencia y aplicación de los artículos recurridos.

na que se ocupaban de la filiación y, en su lugar, entra en vigor la Ley de Filiaciones, que hace referencia a la fecundación asistida en la Exposición de Motivos y la regula en diversos preceptos¹⁷. Por tanto, y en aplicación del art. 1 Nº 1, de la Compilación Catalana¹⁸, la fecundación asistida en Cataluña se registrará por lo que dispone la Ley de Filiaciones, y en aquello que haya un vacío legal registrará de forma subsidiaria la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

F. Blasco Gasco^(18bis) se pregunta si "¿es oportuno que el legislador autonómico regule las técnicas de reproducción asistida y sus efectos jurídico-civiles en virtud de las competencias que son propias y en el marco de éstas? ¿Es conveniente el desarrollo de dicha competencia, máxime conociendo la existencia de una ley estatal sobre técnicas de reproducción asistida? Realmente tomando como paradigma la ley estatal y admitiendo (lo cual negare en cuanto a la filiación posteriormente) su posible aplicación en Cataluña, diría que no sólo es

¹⁷ Exposición de Motivos: "... d) Teniendo en cuenta el actual momento social, científico y jurídico, parece oportuno, e incluso necesario, regular en este nuevo régimen jurídico no tan sólo la filiación por naturaleza, sino la filiación que se deriva de las técnicas modernas de procreación asistida. Es preciso que nuestro derecho defina y decida quiénes son el padre y la madre de los que nacen por medio de dichas técnicas.

Al regular dicha cuestión, se ha tenido en cuenta las conclusiones de la Comisión de Trabajo para el Estudio de las Técnicas de Fecundación Artificial en la Reproducción Humana y Protección Jurídica de las Filiaciones, promovida por la Generalidad.

Como argumentos complementarios que justifiquen la conveniencia de dicha regulación conjunta o unitaria es preciso hacer constar que:

a) No debe haber discriminación por razón de nacimiento. En principio todo menor debe tener padre y madre, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación también para quien haya sido engendrado por medio de estas técnicas de fecundación asistida.

b) La filiación es una categoría jurídica de carácter sustantivo que debe tratarse en una ley civil y no en normas de tipo administrativo sanitario.

c) Teniendo en cuenta que la diferencia más importante entre la procreación natural y la asistida se halla en el hecho mismo de que sea natural o asistida, no hay violencia alguna ni dificultad especial en una regulación unitaria que asimile la fecundación artificial, con el consentimiento del hombre, a una relación sexual natural.

d) En una regulación civil como lo es la presente, no es preciso tomar partido en las opciones de política jurídica relativas a las técnicas de procreación asistida y a las personas que intervienen en las mismas, sino que se trata de determinar la filiación del ser ya nacido mediante dicho procedimiento, es decir, quién deberá asumir la función jurídico-social y las responsabilidades de padre o madre, teniendo siempre presente el interés del hijo.

e) Parece oportuno regular asimismo las cuestiones de filiación para el caso de los nacimientos a consecuencia de fecundación asistida post mortem, puesto que, sin ignorar los delicados problemas de índole ética y de política jurídica que dicha inseminación plantea, se pueden presentar, y en la realidad se dan, dichos nacimientos. Conviene que el derecho diga quiénes son el padre y la madre de los nacidos a consecuencia de fecundación asistida post mortem, para evitar los problemas suplementarios que crearía la no regulación de dicha cuestión. Por otro lado, sin perjuicio de las medidas de prevención o limitación que sea preciso tomar, en su caso, en la regulación administrativo-sanitaria de las técnicas de procreación asistida, en una ley civil sobre la filiación se puede abortar el régimen de procreación asistida, y es preciso hacerlo, incluso en los supuestos de fecundación asistida post mortem, con los requisitos mínimos que el legislador considere exigibles para tomarla en consideración, lo que puede contribuir a controlar su práctica y a reconducirla a unas condiciones aceptables".

¹⁸ Art. 1 Nº 1 de la Compilación Catalana: "De conformidad con lo establecido en la Constitución y el Estatuto de Autonomía, las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña registrarán con preferencia al Código Civil y a las restantes disposiciones de igual aplicación general".

^{18bis} F. Blasco Gasco. "Técnicas de Reproducción Asistida y competencia legislativa autonómica", *Revista Jurídica de Cataluña* Nº 4. 1991, págs. 960-961.

oportuno sino necesario, pues las deficiencias técnicas y la absoluta falta de rigor jurídico de la mencionada ley exhortan indiscutiblemente a una nueva regulación jurídica. (...) Pero en nuestro caso, la conveniencia además puede venir apoyada en el hecho de que la ley estatal contiene una regulación no acorde con los principios básicos e inspiradores de la filiación en la compilación de Derecho Civil de Cataluña, amén de la posible inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos".

El art. 8 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no determina la filiación que han de tener los hijos que nazcan como consecuencia de estas técnicas, al contrario que la Proposición de Ley que en sus preceptos 7 y 8 regulaba de forma expresa la filiación que les correspondía, y los derechos y deberes de los padres. Sin embargo, a pesar de mantener silencio sobre este aspecto, en virtud del art. 7 N° 1 del mismo texto legal, son de aplicación los arts. 108 y siguientes del Código Civil. Es matrimonial el hijo que nace dentro del matrimonio, y no matrimonial el que nace fuera de éste, tanto en la fecundación homóloga como en la heteróloga, siempre que el marido o el compañero *more uxorio* hayan prestado su consentimiento para que la mujer sea receptora de estas técnicas. Este criterio ha sido acogido tanto en los Informes Jurídicos, como en las Proposiciones de Leyes y Leyes presentadas en esta materia. La misma postura es mantenida también por diversos autores, entre ellos Rivero Hernández¹⁹, que entiende que el elemento más importante en la determinación de la filiación, como categoría jurídico-formal, es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos. Por ello, la paternidad-maternidad (conceptos muy ricos, pero no sólo biológicos, sino cada vez más cargados de componentes culturales: voluntad, afecto, juridicidad) corresponde a aquellas personas a quienes el hijo debe la vida por haber nacido por su decisión personal.

Esta tesis no es aceptada unánimemente por toda la doctrina, habiendo opiniones divergentes, ya que algunos estudiosos consideran que sería más acertado recurrir a la fórmula del reconocimiento. En su favor se arguye que el reconocimiento por acta notarial ofrece todas las garantías de solemnidad y autenticidad queridas.

Otro sector doctrinal²⁰ entiende que una solución óptima sería que el marido adoptará al niño siempre que hubiera prestado su consentimiento. Bercovitz, teniendo en cuenta los preceptos de nuestro ordenamiento civil, considera que para el supuesto normal de inseminación con semen de un donante anónimo y con el consentimiento del marido, la filiación ha de ser no matrimonial, pues se deriva de la fecundación de una casada por un varón desconocido, que es el donante del semen²¹.

¹⁹ F. Rivero Hernández. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial" en el volumen "La filiación a finales del S.XX..." Edit. Trivium. 1988. págs. 145-148.

²⁰ F. Sancho Rebullida, "Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas" para la Comisión Especial de Estudio de Fecundación Asistida del Congreso de los Diputados.

²¹ R. Bercovitz "La filiación inducida y las clasificaciones legales", vol. La filiación a finales del S. XX. Edit. Trivium, págs. 130-134.

En la fecundación homóloga coincide la paternidad-maternidad genética con la legal, mientras que en la heteróloga no es así, ya que han intervenido una o dos personas ajenas a la pareja que son los donantes²².

La Ley de Filiaciones de Cataluña²³ regula la filiación en la fecundación asistida quedando claramente determinada la filiación que corresponde a los hijos, y exige el consentimiento expreso del marido o varón formalizado en documento público para que se le atribuya la paternidad²⁴. Sin embargo, no hace ninguna referencia a la fecundación con contribución de donante, lo que origina que se regule por lo que dispone la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El donante no tiene ninguna relación jurídica con el recién nacido, a tenor de lo que dispone el art. 8 N° 3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y asimismo no se permite la investigación de la paternidad, en contra de lo regulado en el art. 39 N° 2 de la Constitución Española, y del art. 127 del Código Civil. Esto ha causado que parte de la Doctrina manifieste que en este aspecto la Ley es inconstitucional, lo que es cierto, aunque opino que la razón de esta prohibición radica en que en la fecundación heteróloga nunca puede coincidir la paternidad biológica con la legal, puesto que ha intervenido un tercero ajeno a la pareja. Además se da la particularidad de que el marido o compañero ha consentido de forma libre y voluntaria el uso de estas técnicas, asumiendo la relación paterno-filial. No obstante, creo que hubiera sido preferible permitir la investigación de la paternidad, sin que ésta se le atribuyera al donante. Pero no hay que olvidar que el art. 5 N° 5 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida permite que los hijos, por sí o por sus representantes legales, puedan obtener información general de los donantes siempre que no incluya su identidad. Y sólo en casos excepcionales que originen un grave peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, se podrá revelar la identidad del donante, aunque ello no conlleva ninguna relación jurídica. Por lo tanto la Ley mantiene una posición intermedia, que sin permitir la investigación de la paternidad, admite que en determinados supuestos se conozca la identidad del donante.

²² Mayor ampliación del tema, "La filiación en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988", C. Hernández Ibáñez. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. *Anuario* N° 75.

²³ Me parece un gran acierto que la Ley de Filiaciones haya regulado la fecundación asistida, aunque considero que el Parlamento de Cataluña se ha excedido de la competencia que le confiere la Constitución en su art. 149.1.8, lo que me lleva a estar de acuerdo con el recurso que se ha interpuesto ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno.

²⁴ Art. 1 N° 2 de la Ley de Filiaciones dispone: "Asimismo se presumían hijos del marido los nacidos en virtud de la fecundación asistida de la esposa con el consentimiento expreso del marido, formalizado en un documento público, el art. 4.1.

a) último inciso reza así: "1. La filiación no matrimonial puede establecerse: a) consentimiento del hombre para la fecundación asistida de la mujer-madre del recién nacido, formalizado en un documento público, es equivalente al reconocimiento de la filiación y es apto para la inscripción de la filiación en el Registro Civil".

Me parece por tanto adecuada la postura mantenida por F. Blasco Gasco²⁵ al decir que "debe entenderse que la expresión 'posibilitará' utilizada en la Constitución legitima determinados límites a las acciones de investigación de la paternidad (...) El legislador, en definitiva, puede limitar la investigación de la paternidad, pero no puede evitarla, prohibirla o no posibilitarla absolutamente. Sin embargo, posiblemente sí pueda establecer qué efectos deriven de la determinación de la paternidad biológica. Con mayor claridad, podría establecer que de tal paternidad biológica no se derivan relaciones jurídicas de filiación (fundamentalmente apellidos, alimentos y derechos sucesorios). Es decir, el legislador podría establecer una pura acción de investigación de la paternidad, independientemente de las acciones de filiación strictu sensu, y de cuyo resultado no derivase la filiación. Podría, en definitiva, no atribuir al progenitor (padre biológico) el rol jurídico-social de padre, con el contenido de deberes y facultades que lleva aparejado".

El art. 8 Nº 1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no permite al marido ni a la mujer impugnar la filiación matrimonial del hijo en la fecundación heteróloga siempre que la hayan consentido previa y expresamente. De este precepto se deduce: primero, que la filiación que corresponde a los hijos es la matrimonial, a pesar de que no se indique de forma expresa. Segundo, prohíbe impugnar la filiación al marido y a la mujer, pero guarda silencio acerca de si el hijo puede impugnarla. Al no decir nada, por aplicación del art. 7 Nº 1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida hay que acudir al Código Civil que lo permite en su art. 137. Si el hijo impugna su filiación, se determina que el marido de su madre no es su progenitor, pero se le niega la investigación de la paternidad, y si llegara a conocer la identidad del donante, no le uniría con éste ningún vínculo jurídico según se desprende del art. 8 Nº 3 de la Ley.

El art. 8 Nº 2 dispone que 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, se considera como escrito indubitado a los efectos del art. 49 de la Ley del Registro Civil. Permite este precepto que a través de esta equiparación se inscriba la filiación no matrimonial. Lo sorprendente de este artículo es su inciso último: "Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad". Hay que preguntarse qué a quien va dirigido esto puede ser al donante, que es el único que puede reclamar la paternidad, ya que efectivamente es el progenitor. Pero si fuera así, y éste la reclamara, no podrá derivarse ninguna relación legal de filiación a tenor del art. 8 Nº 3 de la ley, por lo que hay que rechazar esta hipótesis. Otra posibilidad es al compañero more uxorio, pero como ya está determinada la relación paterno-filial, no es comprensible que reclame judicialmente la paternidad. Podrá reclamar el hijo en relación al donante, pero no se obtendría nada con esto, ya que entre estas dos personas no cabe ninguna relación.

²⁵ F. de P. Blasco Gasco. "La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: constitucionalidad y aplicación". *Anuario de Derecho Civil*. Abril-junio 1991, págs. 701-702.

También llama la atención que al art. 8 Nº 2 no haga ninguna mención a la impugnación de la filiación. Pienso que tampoco tiene sentido su admisión, porque si no lo permite el art. 8 Nº 1, no hay razón alguna para que en este supuesto tenga lugar, por tanto hay que aplicar por analogía el art. 8 Nº 1 de la ley. Al igual que lo expuesto en el caso anterior, sí que sería posible que el hijo impugnara su filiación, y el resultado sería exacto. Alguien podría alegar que si el art. 8 Nº 2 omite cualquier referencia a la impugnación, se debe a que la admite de forma tácita y acudir al art. 140 del Código Civil de forma subsidiaria. Pero sería chocante que se permitiera la impugnación a la pareja estable y sin embargo al matrimonio se le privara de tal acción.

La Ley de Filiaciones en su art. 2 Nº 1 última parte no permite impugnar la presunción de paternidad matrimonial y señala que "no puede admitirse la impugnación basada solamente en la fecundación asistida de la esposa, si se ha realizado con el consentimiento expreso del marido, formalizado en un documento público, tanto si dicho consentimiento se ha prestado para la inseminación con material reproductor del marido como si se ha prestado para la inseminación con material reproductor de otro donante". Tampoco hay precepto que haga referencia a la imposibilidad de impugnar la presunción de paternidad no matrimonial.

V. LA FECUNDACION POST MORTEM

El art. 9 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida trata sobre la filiación en la fecundación post mortem²⁶. Al regular únicamente cuando se puede determinar legalmente la filiación, y no oponerse a ésta como hace el art. 10 Nº 1 con respecto a la maternidad subrogada, es obvio que la ley española acepta este tipo de fecundación tanto dentro del matrimonio como en el ámbito de la pareja estable. Me hubiera parecido más razonable que una vez fallecido el marido o compañero no se admitiera la fecundación asistida, porque se vuelve a poner de manifiesto que prima el deseo y la voluntad de la mujer a tener un hijo, a pesar de que a éste se le prive desde antes de su concepción, a nacer y vivir en una familia formada por padre y madre²⁷.

* Vid. C. Hernández Ibáñez. "La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada". *Revista de Actualidad Civil* Nº 48. 1988.

²⁶ En la esfera doctrinal rechazan esta técnica gran parte de los autores entre los que cabe señalar F. Pantaleón Prieto. "Procreación artificial y responsabilidad civil" en el Vol. *La filiación a finales del S.XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Edit. Trivium. 1988, págs. 283-285. F. Lledó Yagüe. *Acciones de filiación*, 1987, pág. 254. I. Zarraluqui. "La inseminación artificial heteróloga y la filiación", BICAM, julio-agosto 1986, pág. 97. J.L. Lacruz Berbejo y F. Sancho Rebullida en sus respectivos Informes para la Comisión del Congreso.

Por el contrario la admite plenamente L. Martínez-Calcerrada, "la inseminación artificial y su problemática jurídica" Dº Médico. Tomo I, pág. 510. Destaca la posición adoptada por F. Rivero Hernández. "La fecundación artificial post mortem". *Tapia*, Nº 36. Octubre 1987 (extraordinario sobre Dº de Familia), pág. 51, que señala que no hay ningún precepto constitucional que apoye o deniegue en términos generales la fecundación post mortem.

Sólo es posible la fecundación post mortem homóloga como se deduce de los N^{os} 2 y 3 del art. 9, pues la heteróloga no tendría ningún sentido. Porque al intervenir un donante y no haber marido o compañero more uxorio para consentir la misma y consecuentemente asumir la paternidad, nos encontraríamos ante el supuesto de una fecundación practicada a mujer sola, ya que el donante no tiene ninguna relación con el niño.

Queda claro en este precepto que el único material reproductor que puede ser utilizado es el del marido o compañero fallecido. No cabe la posibilidad de que se admita la fecundación post mortem con los gametos de la mujer fallecida, supuesto que hubiera sido bastante insólito, aunque fue recogido en el art. 9 N^o 3 de la Proposición de Ley: "Los hijos nacidos con material reproductor de la mujer, cuando éste fue utilizado por el marido o varón de la pareja que aquélla constituía después de que haya fallecido, no serán tomadas en consideración a efectos de sucesión o herencia de la fallecida". Suprimido este apartado al aceptarse la enmienda N^o 321, evitó el que la ley tuviera un desacierto más. Se negaba a los hijos así nacidos cualquier derecho sucesorio con respecto a su madre biológica, pero no hay que entenderlo como una sanción por practicarse la fecundación post mortem con material genético de la mujer fallecida, sino que era la posición que mantenía la Proposición de Ley en todo lo relativo a la fecundación post mortem²⁶. Si se hubiera admitido esta clase de fecundación post mortem, hubiera supuesto que para poder llevarla a cabo se tendría que haber acudido a una mujer diferente que gestara el embrión formado con el óvulo de la fallecida y el semen del marido o compañero dando lugar a una maternidad de alquiler, con lo que se habría aceptado una maternidad subrogada encubierta, y lo que es más grave únicamente en los supuestos en que la madre biológica estuviera muerta. Porque la gestación por sustitución, ya desde la Proposición de Ley, se consideró como un contrato nulo de pleno derecho.

El art. 9 N^o 1 de la ley no reconoce ningún efecto legal a los hijos nacidos por fecundación con material reproductor del marido, si éste no se encuentra en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Únicamente hace referencia al material genético del marido, y esto llama la atención porque es el único caso en que se silencia al compañero more uxorio, sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 9 N^o 3 sí se ocupa del varón de la pareja estable. Por tanto hay que pensar que es un lapsus del legislador.

Los N^{os} 2 y 3 del art. 9 reconocen efectos legales a la fecundación post mortem, pero únicamente en los supuestos en que se cumplan unos requisitos determinados. Y son el consentimiento del marido o compañero en escritura pública o en testamento, y que se lleve a cabo en el plazo de 6 meses a partir del fallecimiento. Es lógico que se exija el consentimiento, ya que éste también es fundamental en todos los casos de fecundación asistida para que surja una relación legal con los hijos. Pero aquí se precisa que revista una forma ad solemnita-

²⁶ Vid. C. Hernández Ibáñez. "Nuevas técnicas de reproducción artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N^o 4. 1986.

tem, lo que me parece muy acertado, para impedir que se pudiera presuponer el consentimiento en algún caso. También me parece prudente que se haya puesto una limitación en el tiempo, con lo que se evita que esta situación se pudiera prolongar indefinidamente y perjudicar a terceras personas, ya que la herencia queda yacente.

La filiación que tendrán los recién nacidos es la matrimonial o la extramatrimonial, dependiendo de que sus progenitores hubieran estado casados o no²⁹. Creo que el art. 9 Nº 1 se podría haber suprimido, pues, lo que regula es lo que se desprende a sensu contrario del art. 9 Nº 2.

A pesar de que me manifiesto en contra de la fecundación post mortem, siempre he opinado³⁰ que una vez que ha sido acogida por nuestra ley, los hijos tenían que tener una filiación y todos los derechos que se derivan de ésta³¹. Esto significa que tienen derecho a ser inscritos como hijos de su padre, a llevar sus apellidos, a tener alimentos, a todos los derechos sucesorios, y a todo aquello que le sea favorable en virtud del art. 29 del Código Civil. Porque a pesar de

²⁹No obstante la postura que mantiene la ley española, no era unánime entre la Doctrina, pues con anterioridad a la promulgación de la ley, defendía la filiación matrimonial entre otros C. Hernández Ibáñez. ("Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* Nº 4, 1986, págs. 520 y ss.) al manifestar que a pesar de no cumplirse la presunción del art. 116 del Código Civil y una vez disuelto el matrimonio por muerte, el marido consintió este tipo de técnica y aceptó este hijo como suyo, sin olvidar que es él también el padre genético, por lo que coincidirían en la misma persona la paternidad legal y la biológica. Sarrano Alonso ("El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem", en el volumen *La filiación a finales del siglo XX. Problemas planteados por los avances científicos en materia de reproducción humana*, pág. 379. Véase también Montes Penades, "Informe al Congreso español", págs. 48-49), al entender que si la fecundación se ha realizado con semen o embrión en el que ha tomado parte el marido, dentro del plazo que la ley señala y con la voluntad expresa del fallecido, el hijo tendrá la consideración de matrimonial, con los mismos derechos y obligaciones de los nacidos durante el matrimonio de los padres. Es evidente que esta posibilidad de filiación -claramente distinta de los hijos póstumos- altera los supuestos reguladores de la filiación de los artículos 108 a 116 del Código Civil, por lo que en rigor no debería ser calificado de matrimonial, pero el interés general aconseja someterlos al mismo trato que los hijos póstumos. Para Rivero Hernández, la esencia de la vieja legitimidad o de la actual matrimonialidad de la filiación reside en la concepción a marito, no en otros datos o momentos de la concepción o del nacimiento.

Sin embargo, no se puede hablar de unanimidad doctrinal antes de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ya que había criterios divergentes, como el de Zarraluqui, para quien nunca un hijo engendrado después del fallecimiento de su padre puede ser hijo de éste ni fruto del matrimonio que ligaba a su madre. En el mismo sentido se expresaba Ledó Yagüe, para quien el hijo no puede ampararse en ninguna presunción de paternidad, por mucha prueba biológica que constata científicamente su origen consanguíneo, porque la concepción se produjo cuando había cesado formalmente el vínculo por fallecimiento del causante, y el hijo debe ser extramatrimonial.

Vidal Martínez mantiene una posición ecléctica al exponer que si el hijo nace pasado el plazo de trescientos días (desde la disolución), no podría considerarse matrimonial, porque ni en el momento del nacimiento ni en el de la concepción los padres constituían matrimonio. Pero parece factible una acción para reclamar la determinación de la filiación paterna, al amparo del artículo 135 del Código Civil in fine, dentro del plazo señalado por el artículo 133, en relación con el artículo 129, todos ellos del Código Civil.

³⁰C. Hernández Ibáñez. "Nuevas técnicas..." Ob. cit., págs. 520 y ss.

³¹En el mismo sentido F. Rivero Hernández. Ob. cit., págs. 51 y ss. y E. Serrano Alonso. "El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de fecundación post mortem", en el Vol. "La filiación a finales...", pág. 381, que no sólo les reconoce derechos sucesorios, sino incluso la acción de reclamación de la porción hereditaria estando remitido al mismo plazo de ejercicio que la de los restantes herederos.

Aunque también hubo autores que mantuvieron una opinión opuesta, entre otros Gafo y Castan, *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas. 1986, pág. 132.

que si no ha habido concepción, no hay *nasciturus*, pienso que al *concepturus* hay que aplicarle estos mismos efectos favorables, siempre que se cumplan los requisitos exigidos.

En cuanto a la viuda, ésta debe poner en conocimiento de las personas que tengan un derecho a la herencia, la posibilidad de que puede quedar encinta como consecuencia de la fecundación *post mortem*, para que no se reparta la herencia. Y si queda embarazada habrá que adoptar las medidas señaladas en los arts. 959 al 967 del Código Civil. Si el marido o compañero hubieran otorgado testamento, y no designaran como heredero al futuro niño y éste llegara a nacer, nos encontraríamos ante una preterición y habría que aplicar el art. 814 del Código Civil.

El art. 9 Nº 3 última parte dispone: "... sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad". Causa extrañeza esto, porque al hijo le corresponde la filiación no matrimonial y la paternidad se le atribuye al compañero de su madre, que además es su progenitor. Así que no hay nadie que pueda reclamar la paternidad.

La Ley de Filiaciones también se ocupa de la fecundación *post mortem* homóloga en su art. 9³². El espíritu de este precepto es muy similar al del art. 9 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y los requisitos que exige son parecidos, aunque aquí hay una mayor permisibilidad, en el sentido de que al requerir la voluntad fehaciente, lo único que se necesita es que ésta sea verdadera, auténtica. Y el plazo para poder efectuar estas técnicas me parece demasiado amplio, porque se puede llegar hasta un año desde el fallecimiento. Creo que el plazo debía haber sido igual al que se establece en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida para así evitar diferencias entre los que gozan de la vecindad civil catalana y el resto de los españoles, sobre todo teniendo en cuenta que esta ley es posterior.

El art. 9 Nº 4 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida debía haberse suprimido, porque señala que el consentimiento del marido o del compañero "podrá ser revocado en cualquier momento anterior" a la fecundación *post mortem*. Y parece difícil, por no decir imposible, que una persona muerta pueda modificar su consentimiento.

VI. LA MATERNIDAD SUBROGADA

El art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida se ocupa de la gestación por sustitución, que es uno de los temas que más polémicas ha

³² "En los casos de nacimiento a consecuencia de la fecundación asistida *post mortem*, el nacido será considerado hijo del marido de la madre o de quien conviva con ella, siempre que concurren en el mismo las siguientes condiciones: a) que conste fehacientemente la voluntad expresa de ambos para la fecundación asistida *post mortem*, con gametos propios de cada uno de ellos. b) Que se limite a un solo caso, comprendido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de 9 meses después de la muerte del marido o de aquel con quien la madre convivía. Dicho plazo podrá ser prorrogado por el juez por causa justa, por un tiempo máximo de 3 meses".

suscitado, pero que es tan rechazable, en mi opinión, como la fecundación post mortem o la fecundación asistida en mujer sola. No obstante, la mayoría de las críticas se han centrado en esta figura, dejando a veces desapercibidos otros aspectos de la ley, que considero igual o más rechazables que la maternidad subrogada³³.

El art. 10 Nº 1 de la ley dispone: "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". No me parece muy adecuado este apartado, porque aunque efectivamente admite la nulidad de pleno derecho del contrato, puede entenderse que únicamente lo es si renuncia a la filiación en favor de otra persona, y a sensu contrario si acepta la maternidad es válido el contrato. Por eso creo que debía haberse redactado de distinta forma, y no haber incluido la última parte, para no inducir a equívocos.

Este tipo de contrato considero que es nulo por las siguientes razones: primera, va contra la moral y el orden público, infringiendo los principios de orden público familiares aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato es la persona misma y atenta a su dignidad. Segunda, se intenta negociar con algo que es extra commercium, no pudiendo ser objeto del contrato, por lo que no se cumple el art. 1251 Nº 2 del Código Civil. Tercera, la causa del contrato es ilícita, y como consecuencia no produce efectos jurídicos, según el art. 1275 del Código Civil. Cuarta, el Derecho de Familia es de ius cogens, no pudiendo las partes establecer cláusulas o convenios en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, proclamado en el art. 1255 del Código Civil³⁴.

A pesar de que opino que esta figura no se debía haber admitido, me llama la atención que sea la única rechazada por la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y acepte otras que considero menos oportunas. Porque en este supuesto el fin que se persigue es que si la mujer de una pareja no puede llevar a cabo la gestación, otra persona lo haga en su lugar, y al nacer el niño sea entregado a los comitentes. Pero éste vivirá dentro de una familia formada por padre y madre, lo que en principio parece mejor que permitir que sea concebido una vez fallecido su progenitor, o bien que lo tenga una mujer sola que carezca de compañero.

³³ C. Hernández Ibáñez. "La atribución de la maternidad en la gestación contratada" en la filiación a finales del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Edit. Trivium, 1988.

³⁴ La misma opinión es mantenida por E. Roca Trias. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional" dentro del Vol.: "La filiación a finales..." pág. 46 P. Silva Ruiz. "Panorámica general de la fecundación humana en Estados Unidos" en el Vol. "La filiación a finales...", págs. 93-97. J. Vidal Martínez. "Las nuevas formas de reproducción humana", *Cuadernos Civitas*, 1988, pág. 192.

El Nº 2 del art. 10 atribuye la maternidad legal a la madre gestante³⁵ con lo que este precepto sigue el principio que recoge nuestro Código Civil de que la maternidad viene determinada por el parto. Principio que comparto para la procreación natural, pero que no me parece adecuado en la gestación por sustitución. Considero que la maternidad se debía haber atribuido a la comitente, es decir a la mujer que encarga a otra que tenga un hijo para ella, con independencia de que haya aportado su ovocito o no. Si el óvulo fuera de la comitente coincidiría la maternidad biológica con la legal, y si por el contrario el gameto femenino fue donado por la gestante o por tercera persona, no coinciden ambas maternidades. Pero esto no tendría que suponer ningún obstáculo, ya que tampoco se identifican en la fecundación heteróloga, y no obstante la paternidad o maternidad se otorga al que emitió su consentimiento. Entre las razones que nos llevan a entenderlo así destacamos que se trata de la persona que ha deseado tener ese hijo, aunque haya sido a través de la maternidad subrogada, que está prohibida por ley. En segundo lugar, porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño. Además, es muy posible, y así sucede de forma casi general, que haya recibido una contraprestación económica, lo que significa que su colaboración en la gestación ha sido consecuencia de un negocio con fines lucrativos. En tercer lugar, creo que no cabe alegar por la gestante, una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque aun cuando no descartemos que éstos pueden existir, no es menos cierto que el conjunto de consecuencias se le ha dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto. En cuarto lugar, porque la mujer que ha llevado a cabo la gestación conoce que su misión es dar a luz para posteriormente entregar el hijo a la mujer que se lo ha encargado. Por último, estimo que iría en contra de la regla que se da en la inseminación artificial y fecundación in vitro, que no atribuye la paternidad-maternidad a la persona que presta un servicio (donante), sino a las personas que han deseado y querido un hijo para ellos. Y aunque efectivamente, en este caso, el papel que desempeña la gestante es más prolongado, se asemeja al del donante en el sentido de que sólo interviene para hacer posible el nacimiento de un niño, sin que deba existir relación jurídica entre ellos.

Además, se pueden dar casos en que la madre gestante, una vez que ha dado a luz, no desea ni quiere para ella ese niño que ha nacido, dando lugar a

³⁵ R. Bercovitz, "La filiación inducida y las clasificaciones legales" en el volumen *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., pág. 137; J. Delgado Echeverría, *Los consentimientos relevantes en la fecundación artificial, en especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*, en el volumen *La filiación...*, cit. pág. 226; V. Montes Penades, "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", en el volumen *La filiación...*, cit. pág. 189; J.L. Lacruz Berdejo, "Hijos artificiales y madres de alquiler", en *ABC* de 5 de mayo de 1987; J. Vidal Martínez, "Las nuevas formas de reproducción humana", en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1988, págs. 189-191; María Teresa Fernández-Pacheco Martínez, "La maternidad subrogada en Norteamérica. La sentencia de Baby M", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 9 1988, págs. 647-684; Renato Clarizia, *Precreazione artificiale e tutela del minore*, Milán. Ed. Giuffrè, 1988.

que la ley le otorgue un hijo no deseado, que ha llevado en su seno para entregárselo posteriormente a otra persona, siendo, por lo general, el móvil el aspecto económico que se deriva del contrato. Y si la madre gestante se ha ofrecido a asumir ese papel por motivos altruistas, tampoco querrá el hijo para ella, sino que optará por entregarlo a la madre comitente.

Una vez admitida la reproducción artificial, y puesto que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no ha respetado algunas reglas jurídicas recogidas en nuestro ordenamiento, como la investigación de la paternidad, el principio de la veracidad biológica, la impugnación de la paternidad o la reclamación de la filiación, me hubiera parecido acertado que en la maternidad subrogada ésta se hubiera atribuido a la comitente, aunque se hubiera vulnerado el principio de que madre es la que da a luz.

Una posición intermedia parte de que, debido a la facilidad con que en un principio se puede probar el hecho del parto y la identidad del hijo, la única forma de asumir la maternidad en estos casos por quien desea hacerlo es la adopción. Esta es la solución más seguida en Estados Unidos, ya que cuando se produce el nacimiento se inician los trámites necesarios para que el padre biológico reconozca su paternidad y la madre gestante renuncie a sus derechos. El recién nacido es entregado a la pareja comitente y se resuelve el tema a través de la adopción por parte de la esposa del padre biológico.

Quizás podría haber sido adecuado resolver el problema a través de la adopción. Ahora bien, tras la reforma de la adopción introducida mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, esto presenta serias dificultades, pues el actual artículo 176.2 regula: "Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública". Ello implica la posibilidad de que estas personas no sean seleccionadas por la entidad pública como adoptantes, con lo cual no se solucionará el problema, al no entregarles el niño en adopción. Discrepa de ello Ramírez Navalón⁴⁶, porque considera que si a la pareja comitente se le permite la adopción del niño, conseguirían su propósito aun a pesar de la prohibición establecida.

Lledó Yagüe⁴⁷ determina la filiación que deben tener estos nacidos en función de que el contrato se considere válido o no. Si el contrato fuera lícito, la paternidad y maternidad se imputarían a la pareja comitente, en virtud del artículo 1.257 del Código Civil, y a la gestante nunca se le atribuiría la maternidad en función de la renuncia estipulada por ella. Y si hubiera habido donación de gametos por un tercero, tampoco cabría atribuirle la paternidad-maternidad, puesto que no se cumpliría la propia finalidad del contrato. La filiación matrimonial o extramatrimonial dependería de la existencia o no del vínculo conyugal en la pareja comitente. Si hay ilicitud en el contrato, la maternidad hay que atribuírsela a la mujer gestante. Ahora bien, como el contrato es nulo de pleno derecho, en virtud del artículo 10.1 de la Ley, este autor concluye que la maternidad co-

⁴⁶ R.M. Ramírez Navalón. "Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana", en *Revista General de Derecho*, diciembre 1987, pág. 6567.

⁴⁷ F. Lledó Yagüe, "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo", en el Vol. La filiación a finales del siglo XX..., cit., págs. 339-344.

responde a la gestante.

El art. 10 Nº 3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida dice: "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Este apartado me parece bastante incongruente, porque conduce a una situación realmente absurda. No atribuyen, en principio, la paternidad a nadie, y únicamente admite la posibilidad de que el padre biológico pueda reclamarla conforme a los arts. 131 y ss. del Código Civil.

Si el padre biológico es el marido o compañero de la mujer comitente, que es lo más frecuente, éste puede reclamar la paternidad, pero la maternidad corresponde a la gestante, logrando con ello que el niño tenga un padre y una madre entre los que no media ningún vínculo jurídico. Esto no sólo me parece desastroso para el niño, sino para los padres, que constituirán una familia sin ninguna de sus características y ostentarán de forma dual la patria potestad.

Pero también puede ocurrir que el padre biológico no reclame la paternidad, aunque siempre queda la posibilidad de que el hijo lo haga conforme a los preceptos del Código Civil, y se le imponga judicialmente. Con lo que estamos ante una situación igual de anómala que la anterior, pero con el agravante de que la paternidad no se le ha otorgado de forma voluntaria, si no que se le ha impuesto. Otro supuesto puede ser que ni el padre ni el hijo la reclamen, lo que ocasionará que el hijo sólo tenga madre, y en la mayoría de los casos sin ésta de-searlo. Y si la gestante está casada, la complicación puede ser mayor, ya que se puede atribuir la paternidad a su marido en virtud del art. 116 del Código Civil, y si éste no es el padre biológico y además no ha consentido la gestación por sustitución, puede impugnar la paternidad según los arts. 136 y ss. del Código Civil, quedándose el niño sin padre. Y si el marido de la gestante es el padre genético, supuesto bastante insólito, y se le atribuye la paternidad, no podrá impugnarla ya que en él se dan la paternidad biológica y la legal. Y una vez atribuida ésta, y a su mujer la maternidad, sería el único caso en que el niño tuviera unos padres que al mismo tiempo estuvieran unidos por el matrimonio.

Se puede observar que todas las soluciones son bastante atípicas, excepto la que se da en el último caso, pero que en la realidad es lo más inusual. Todo se hubiera podido solucionar si se hubiera otorgado a la comitente la maternidad legal, y a su marido o compañero la paternidad, tanto si era el padre biológico como si no.

Como conclusión, quiero señalar que a pesar de que no comparto aspectos regulados en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, creo que fue importante regular esta materia, y no permitir un vacío legal sobre las mismas, aunque hubiera deseado que la Ley hubiera tratado de distinta forma algunos aspectos de la misma.

VII. MARCO EUROPEO SOBRE LA REGULACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Conviene esbozar en líneas muy generales cuáles son las tendencias que en relación con la reproducción asistida se han seguido en otros países de nuestro entorno. Como se ha dicho anteriormente no todos han legislado sobre este tema, y en los que se ha hecho no ha sido con la misma intensidad. Sin embargo, sí hay que resaltar que es un tema que preocupa, que se está estudiando y que todavía no ha finalizado, sino que estamos al inicio, porque cada vez son mayores los avances científicos, y los nuevos descubrimientos que se están produciendo. Coincido plenamente con J. Michaud³⁸ que señala que "el hombre se ha dotado en el mismo período de su historia de dos poderes inversos: el de disponer de los medios de destruir el mundo que le sustenta y el de crearse a sí mismo". Ello lleva consigo una serie de peligros que nos están acechando, al mismo tiempo que unos beneficios. Y como señala el mismo autor³⁹: "¿Cómo obtener unos y rechazar otros? ¿Podemos esperar la solución de los textos legales?". En mi opinión los textos legales son necesarios, ya que el Derecho debe regular los hechos que se están originando, ¿pero hasta dónde?, ¿deben establecerse límites y las barreras puesto que hay que tener en cuenta numerosas consideraciones de distinta índole? Como ya se ha señalado y cada día hay que tenerlo más en cuenta, todo lo que es científicamente posible, no siempre es ética ni moralmente aceptable. Además la investigación puede ser buena, y dar unos resultados, en principio, objetivamente satisfactorios, pero, sin embargo, el problema se encuentra en la utilización y desarrollo que se hace de ellos.

"España ha sido bastante pionera en la legislación sobre procreación asistida y progresista en el diseño de unas normas aprobadas en 1988. Algunos datos sobresalientes que justifican este aserto son: todas, incluidas las madres solteras, son beneficiarias de este tipo de procreación (en Suecia sólo las parejas estables y los matrimonios en Noruega). España autoriza, como en el Reino Unido, la donación de embriones, aunque éste no es el caso en Noruega. En lo que respecta al donador en España, al igual que en el Reino Unido, acepta que se pueda tener acceso a las informaciones genéticas no identificativas del padre; mientras que Francia considera el anonimato como una necesidad imperativa o en Suecia se estima que el secreto es nocivo y que el niño debe conocer la identidad de su padre.

En lo que concierne a la autorización de las investigaciones sobre embriones, España aparece en el grupo de países, con el Reino Unido, Suecia y Australia, que autorizan esas investigaciones, aunque en estos países, con la excepción del Reino Unido, la investigación debe limitarse a los embriones supernumerarios y debe someterse a procedimientos de autorización y control.

³⁸ J. Michaud, "Ciencia, ética y derecho" en Vol.: "Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética", Eudema 1992, pág. 35.

³⁹ J. Michaud. Ob. cit., pág. 38.

La autorización del diagnóstico pre-implantación en embriones concebidos "in vitro" es un tema muy debatido. Francia no ha dispuesto de reglamentación sobre esta cuestión, aunque el Comité Nacional de Ética había emitido un informe negativo al respecto. Sin embargo, esta actitud negativa no se da en el conjunto de países -España, Reino Unido, Suecia y Alemania- e incluso, como en el caso de Alemania, se llega a autorizar la selección de gametos en función de los cromosomas sexuales, cuando se trata de evitar la transmisión al niño de una enfermedad ligada al sexo⁴⁰.

En el Reino Unido The Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, recoge las recomendaciones del Warnock Committee Report de 1984, pero algunos problemas de interpretación legal y de política social quedan todavía por resolver. El Acta de 1990 es la respuesta del gobierno a los dilemas legales y sociales que surgen como consecuencia de estas nuevas técnicas.

Italia todavía no tiene ninguna ley, pero sí ha habido una comisión que se ha encargado de estudiar estos temas y que ha presentado sendas propuestas.

Por parte gubernamental, un Decreto del Ministro de Sanidad de 31 de octubre de 1984, crea una "Comisión para el estudio de los problemas relativos a la inseminación artificial en el ámbito de la familia" presidida por el magistrado F. Santosuasso. La Comisión tenía el compromiso de, a la luz de los principios constitucionales concernientes a la tutela de los Derechos Humanos, la protección de la familia y los deberes de los padres con respecto a los hijos, determinar los sujetos legitimados para recurrir a la procreación artificial, establecer la finalidad y las técnicas admitidas, las sedes autorizadas, los criterios para la gratuidad de las prestaciones, los procedimientos técnicos y jurídicos y el sistema de control y sanciones, con el objetivo de emitir un informe.

El primer resultado de los trabajos de la Comisión fue una Circular de 1 de marzo de 1985 del Ministro de Sanidad "Límites y condiciones de legitimidad de los Servicios por inseminación artificial en el ámbito de los servicios sanitarios nacionales". En realidad, más que definir los límites y condiciones, la circular pone de manifiesto alguno de los deberes de los operadores sanitarios públicos: en particular, utilizar los gametos de la pareja que desea tener un hijo. Los usuarios deben ser cónyuges, y la procreación artificial heteróloga queda excluida, en cuanto que no admite la Ley la transferencia del patrimonio genético, por su carácter personalísimo, de un sujeto extraño a la pareja, ya que consiste en atribuir como biológicamente propio un hijo tenido con el patrimonio genético de otro. Sólo se admite las prestaciones que se puedan adaptar al ámbito de los principios fundamentales del sistema jurídico constituido. El segundo resultado son las propuestas presentadas el 22 de noviembre de 1985 que contienen respectivamente normas sobre procedimientos no naturales para la fecundación con semen del marido y normas sobre la fecundación artificial humana y sobre el tratamiento de los gametos y de los embriones. Se basa en los principios de que en la vida individual y familiar el estado debe intervenir lo menos posible, y

⁴⁰ E. Muñoz. "Bioética en la Comunidad Europea. Desafíos frente a los avances en la ciencia contemporánea", Documento de Trabajo 92-05 CSIF. IESA Madrid, junio 92, págs. 26-27.

la intervención pública en esta materia se justifica sólo si se trata de evitar que la libertad personal exceda de los límites impuestos al respeto de los valores que imperan en la Constitución, la Comisión ha enumerado algunos principios ético-jurídicos fundamentales que puedan servir de guía en el campo de la reproducción artificial humana.

Se pronuncia favorablemente sobre la inseminación artificial homóloga, porque lo artificial no contrasta con el principio general según el cual la transmisión de la vida humana debe ser el resultado de la acción directa y conjunta de un hombre y de una mujer.

Está en contra de la inseminación post mortem de la mujer con el semen del marido, ya que debe prevalecer en la jerarquía de valores que el nasciturus no sea concebido cuando no pueda venir al mundo en un ambiente familiar formado por ambos progenitores.

La inseminación heteróloga se admite sólo para la pareja casada que no pueda tener hijos de otra forma, y después de que hayan intentado tener un niño a través de la adopción. En cada supuesto, el Tribunal debe autorizar la ejecución de la técnica.

Los donantes deben de ser anónimos, no se debe inseminar a más de 10 mujeres y han de ser de diversas regiones.

Los hijos nacidos por la inseminación homóloga y heteróloga son matrimoniales si nacen dentro del matrimonio y han prestado el consentimiento ambos cónyuges.

La fecundación extracorpórea in vitro es admitida si se dan las mismas condiciones que para la inseminación in vivo, pero sólo se puede recurrir si no es posible practicar la GIFT, y hay que evitar la creación de embriones excedentes.

El Proyecto Santosuasso introduce la adopción prenatal, que debe cumplir una doble función: contener el número de interrupciones voluntarias del embarazo y favorecer las relaciones de las personas estériles que desean tener descendencia.

A las mujeres que deciden abortar se les debe ofrecer la posibilidad de consentir la transferencia del embrión que está en su cuerpo, el cuerpo de otra mujer, o la posibilidad de terminar el embarazo, y después del parto el nacido se entrega a unos padres adoptivos a través del Tribunal de Menores.

La 2ª hipótesis no muestra muchas diferencias con la maternidad subrogada, que el mismo Proyecto gubernamental condenaba de forma expresa. Los motivos que adoptan para justificar el diverso tratamiento reservado a los dos fenómenos no parece convencer. La diferencia entre la adopción prenatal y la maternidad subrogada está en que estas últimas ceden el óvulo y el útero para un acto de comercio, mientras que en la primera hipótesis la mujer, después de haber concebido haciendo por amor el acto sexual y surgiendo dificultades de diverso género, en lugar de deshacerse del niño, lo entrega para apagar el deseo de paternidad y maternidad de la pareja estéril⁴¹.

⁴¹ L. Panella. *Diritto umano e procreazione artificiale*, Milano 1990, págs. 21-24.

En Francia, en el año 1991, todavía se debatía la oportunidad o no de una ley-marco sobre bioética.

De nuevo el principio desencadenante era la fecundación artificial, a tenor de los diferentes problemas jurídicos que genera en torno al derecho de filiación, aunque se contemplaban igualmente los restantes problemas: el trasplante de órganos y su no comercialización, el diagnóstico prenatal, la experimentación en humanos y la subrogación maternal.

Como consecuencia de todo ello, el Gobierno francés ha estudiado en marzo de 1992 tres proyectos de ley referidos a cuestiones de bioética, proyectos presentados por los ministerios de Justicia, Asuntos Sociales e Investigación, procurando establecer unas bases que garanticen la dignidad de la persona ante una posible utilización "perversa" de los progresos científico-tecnológicos. Los proyectos parten de una serie de principios considerados básicos: la garantía y obligatoriedad de gratuidad y anonimato necesario en todo lo concerniente a las donaciones de órganos y productos humanos; la inviolabilidad e indisponibilidad del cuerpo humano; y la prohibición de cualquier cambio en el patrimonio genético de las personas a menos que haya un interés terapéutico. Los textos legales pretenden autorizar las pruebas genéticas sin consentimiento cuando lo aconseje una investigación judicial de carácter penal, así como fijar un nuevo marco para el empleo de la informática en el dominio de la investigación y de la salud"⁴².

Bélgica mantiene la misma línea de los países anteriormente citados y, así, en la primera mitad del año 1991, experimentaba un vivo debate sobre la necesidad de un comité de bioética, en el que las principales razones invocadas eran que "se ignoraba el número exacto de centros que practican la fecundación artificial. El Gobierno belga decidió presentar un Proyecto de Ley sobre Bioética, abordando contenidos más amplios que la fecundación artificial, pero cuya utilidad o necesidad era cuestionada por el 50% de los médicos consultados en una encuesta realizada a finales de septiembre de ese mismo año. Un hecho digno de mención que deriva de esa encuesta es que los médicos consultados, aunque no eran partidarios de la remisión de los problemas bioéticos a una estructura organizada, reconocían que si esa estructura se creara, debería tener un carácter interdisciplinar (generalistas, especialistas, juristas, filósofos, sociólogos, psicólogos y miembros del sector paramédico)"⁴³.

En Portugal no hay ninguna ley especial que regule esta materia, por lo que acuden a su Código Civil para admitir o denegar por analogía con su ordenamiento la admisibilidad o no de las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que su Código después de la Reforma de 1977 hace algunas referencias, aunque escasas, a este tipo de técnicas. Así el art. 1839 Nº 3, con referencia a los actos de fecundación artificial heteróloga realizados en parejas casadas dispone: "No está permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial a los cónyuges que lo han consentido".

⁴² E. Muñoz. Ob. cit., págs. 24-26.

⁴³ E. Muñoz. Ob. cit., pág. 24.

Del mencionado precepto, a juicio de J. de Oliveira Ascensao¹⁴ se pueden deducir diversas conclusiones. La primera y más importante es que la ley permite un corte con la filiación biológica, atribuyendo la paternidad a quien no participa en la procreación. Consecuentemente el donante no es considerado el padre. La solución le parece correcta a este autor, porque la donación de espermatozoides u óvulos no tiene un contenido ético de procreación y no está ligado a un proyecto de paternidad o maternidad. Distinto sería el caso de que la donación estuviera destinada a una persona determinada y a una procreación determinada. El consentimiento que han de emitir los cónyuges va dirigido a crear un vínculo de filiación, no a la práctica de la inseminación artificial. Pero esto iría en contra del principio de que son nulos los negocios jurídicos cuyo objeto es establecer la filiación, por lo que hay que superar esta dificultad, y así el vínculo de filiación ha de ser objeto de un consentimiento expreso, y por las mismas razones que imperan en la adopción, ese vínculo civil una vez establecido no puede ser alterado. Pero si un cónyuge no consiente, no está sujeto a la relación de filiación y la verdad biológica puede ser restablecida. Puede ocurrir que el nacido de mujer casada por fecundación artificial heteróloga no tenga vínculo de filiación con el otro cónyuge. Y ésta es una de las consecuencias que llevan a valorar negativamente la fecundación artificial heteróloga.

Con respecto a la maternidad subrogada y a la fecundación post mortem, el Derecho de familia portugués no aporta ninguna relación, hasta ahora sólo se puede apoyar soluciones basadas en meros argumentos doctrinales, por lo que J. de Oliveira¹⁵ estima que es necesario una legislación sobre estos temas que aporten las posibles soluciones.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa viene mostrando su interés y preocupación desde los años 50 por las cuestiones de bioética, siendo la primera institución europea, en 1976, en llamar la atención sobre determinadas actuaciones terapéuticas. Así, la Asamblea tomó el compromiso de continuar profundizando en estos temas, en unos años en que los trabajos en algunos parlamentos nacionales no se habían iniciado o estaban en una fase muy preliminar. Posteriormente, en el Consejo de Europa se fueron produciendo análisis y debates que culminaron en distintos documentos y recomendaciones, tanto de la propia Asamblea como de su Comité de Ministros.

Es por primera vez en el documento AS/Science (39) 4, de agosto de 1987 y en el documento 5943 aprobado por la Comisión de la Ciencia y de la Tecnología, el 4 de mayo de 1988, donde se planteó la idea y "la necesidad de un instrumento jurídico tal como una convención europea sobre la biomedicina y la biotecnología humana que estaría abierta a los estados no miembros". M. Palacios¹⁶ propuso una convención global y que no tratara únicamente de aspectos

¹⁴ J. de Oliveira. "Derecho e Bioética" en el Vol.: "Derecho do Saude e Bioética", Lex Edições Jurídicas, Lisboa 1990, págs. 33-35.

¹⁵ J. de Oliveira. Ob. cit., págs. 36-38.

¹⁶ M. Palacios. "Biotecnología. Reflexiones éticas y legales", en el Vol. "Biotecnología y futuro: la respuesta bioética", Eudema, 1992, págs. 32 y 33.

limitados como la *Recomendación* 1046. Tales documentos dieron origen a la recomendación 1100 (1989) relativa a la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, estableciéndose además ciertos principios referentes a la salud y a la herencia genética (Anexo G. 17-19) así como a la donación de estructuras de embriones o fetos humanos (Anexo H. 20-26).

El documento AS/science (43) 4, del que también es autor M. Palacios, fue presentado y debatido por primera vez en la reunión de la Comisión celebrada en Asturias el 14 de marzo de 1991, presentado al CAHBI y aceptado por éste en Estrasburgo el 24 de abril de 1991, se adoptó por unanimidad en la siguiente reunión de la Comisión (documento 6449) en París el 27 de mayo de 1991, y finalmente fue aprobado por unanimidad por la Comisión Permanente, que actuó en nombre de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Helsinki 28 de junio de 1991, pasando a convertirse en la *Recomendación* 1160 (1991) que en su punto 7, recomienda al Consejo de Ministros:

I. Contemplar el proyecto de una convención-marco que contenga un texto principal con principios generales y protocolos adicionales sobre aspectos específicos. La convención debe presentar una fórmula flexible en su forma pero no debe constituir el mínimo denominador común en cuanto a su contenido. Debe incluir los aspectos de derechos humanos y tener en cuenta los trabajos anteriores del Consejo de Europa;

II. Incluir en los protocolos de la convención las cuestiones esenciales, tales como los trasplantes y las donaciones de órganos, la investigación médica sobre el ser humano, que comprenda la utilización de las estructuras embrionarias, la tecnología genética y los estudios sobre el genoma humano, la utilización de las informaciones genéticas en ámbitos distintos del médico, y la procreación artificial humana;

III. Autorizar y animar al CAHBI a que efectúe las consultas que juzgue útiles para la elaboración de su proyecto, con, por ejemplo, representantes del tercer mundo, organizaciones científicas y, en particular, las instituciones comunitarias, así como las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales especializadas;

IV. Someter el proyecto de convención a la Asamblea para que ésta lo dictamine antes de su adopción final⁷.

Y para finalizar volver a mantener que la solución ideal, aunque en la práctica nada fácil, es homogeneizar las legislaciones de los diferentes países en todo aquello que sea posible, para que no existan desfases ni grandes diferencias entre unos y otros. Porque a pesar de que es cierto que existen grandes dificultades para ello, debe existir la voluntad común de lograr aunque sea en un futuro, que cada vez debe ser más cercano, el tratar y regular los temas de bioética de forma similar. Aunque algunos autores como E. Muñoz⁴⁷ opinan que "con las dificultades para encuadrar la bioética y con la disparidad de planteamientos y normas que existen ante y sobre las ciencias y las técnicas de lo vivo, cabe concluir que la realidad de un proyecto común respecto a la bioética no existe en Euro-

⁴⁷ E. Muñoz. Ob. cit., págs. 27-28.

pa, ni evidentemente, en el mundo. En todos los países desarrollados se da una convergencia importante en el reconocimiento de los problemas planteados por los avances en la aplicación de la nueva biología -tanto en lo que respecta al hombre, como al ambiente o incluso respecto a los animales-, pero los temas específicos abordados y las respuestas y soluciones ofrecidas no son uniformes.

Las preocupaciones son, en muchos casos, reflejos de prejuicios sociales o culturales. Hay dificultades adicionales que subyacen al enfrentar los problemas bioéticos y que derivan de su interdisciplinariedad, por un lado, y de la separación de los campos de la moral y del derecho, por otro.

En atención a esto, no puede sorprender que haya una gran heterogeneidad en planteamientos y soluciones. En todo caso, Mme. Lenoir miembro del Consejo de Estado francés y responsable de la 'misión pour le droit de la bioéthique et des sciences de la vie' declaraba que '... nuestra sociedad necesita puntos de referencia precisos. Los cambios son demasiado importantes, los desafíos demasiado decisivos para el porvenir, para que no se piense en poner ciertos controles. Mañana, será quizá demasiado tarde, hay que prevenir lo imposible para impedir lo irreversible'.

Y cómo no desear que todos estos temas se aborden y lleguen a buen puerto, a pesar de las dificultades que suscitan en sus discusiones, pues como señala M. Palacios¹⁸: "La denominada -revolución bioética- suscita con frecuencia planteamientos en relación con el derecho natural y el derecho positivo, a veces de difícil valoración, con los supuestos éticos no siempre coincidentes en las sociedades democráticas, pluralistas y abiertas, y con la sensibilidad social en un momento dado ante los avances científicos y técnicos de la biología y de la medicina principalmente. Todos ellos exigen una reflexión madura, prudente y realista, para evitar que la firma de la Convención de bioética sea larga y difícil. La elaboración sustantiva de esta convención, desde el diseño ya aprobado, actuando con un talante abierto y sincero y desde principios éticos universales nos dará la oportunidad de abordar estas cuestiones teniendo como meta esencial la protección de la dignidad de la persona humana".

¹⁸ M. Palacios. "Una Convención Internacional de Bioética". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Nº 1649. 5 de octubre de 1992, pág. 5392.