

308909-



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM

79
Des.

"CONSIDERACIONES ETICO-JURIDICAS SOBRE
LA MATERNIDAD SUBROGADA"

ENSAYO PARA EFECTO DE
EVALUACION DE EXAMEN
P R O F E S I O N A L

P R E S E N T A
MARIA ERIKA VILLALOBOS MARTINEZ



DIRECTOR DE TESIS: DR. EDUARDO ALFONSO GUERRERO MARTINEZ.

1998

269598

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central

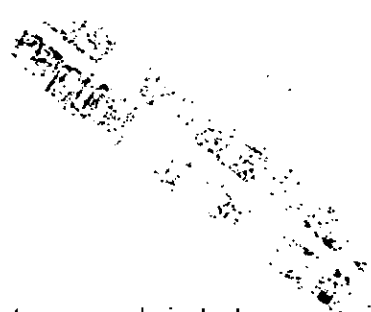


UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



"Cada individuo, cada cosa, cada instante,
una realidad única, incomparable,
inconmensurable".

OCTAVIO PAZ

A DIOS, Quien a través de las experiencias hace que nos demos cuenta de lo que significa vivir, de la importancia de estar aquí y de las grandes posibilidades que tenemos. Por darnos la capacidad de soñar, dándonos también la posibilidad de convertir los sueños en realidad.

A MIS PADRES, Ricardo y Bertha, en quienes admiré siempre la generosidad, la nobleza de espíritu y la inteligencia. Por ser el principio de mi existencia, la sabiduría y la fortaleza en mi vida y el ejemplo de amor y amistad más grande.

A MIS HERMANOS, Ricardo y Jesús Omar, en quienes a su lado encontré la alegría, el optimismo, la fraternidad y la comprensión. Por compartir sueños, que con fe, algún día muy cercano haremos realidad.

Con todo mi amor Gracias

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	1
1. Aspectos históricos sobre legislación en materia de ingeniería genética	12.
2. Marco jurídico en México	14.
1. ESTADO DE LA CUESTIÓN	17
2. Concepto de Fecundación <i>in vitro</i>	21
3. Evolución de la Fecundación <i>in vitro</i>	25
4. Descripción de la Técnica	30
5. Significado de la Fecundación <i>in vitro</i>	35.
6. La cuestión ética de la Fecundación <i>in vitro</i>	52.
CAPÍTULO PRIMERO. USUARIAS DE LAS TÉCNICAS.	
1. Fecundación <i>in vitro</i> , ¿procedimiento terapéutico o medio alternativo de reproducción	56
2. Derecho a la procreación	64
3. Usuarias de las Técnicas	73.
CAPÍTULO SEGUNDO. LA DONACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES.	
1. Ideas generales	91.
2. Naturaleza jurídica de lo donado	97.
3. Características del acto de disposición	119

4. Anonimato del donante frente al derecho del nacido por estas técnicas a conocer su origen genético e identidad de su progenitor	129.
--	------

CAPÍTULO TERCERO. LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR ESTAS TÉCNICAS.

1. Generalidades	140.
2. Determinación de la paternidad y de la maternidad	151

CAPITULO CUARTO. MATERNIDAD SUBROGADA.

1. Ideas generales	169.
2. Definición	179
3. El contrato de maternidad subrogada. Características y naturaleza jurídica	181.
4. Criterios respecto a la legalidad o prohibición del contrato de maternidad subrogada	210.
5. Filiación de los hijos nacidos por maternidad subrogada	230.
6. Efectos jurídicos de la filiación por maternidad subrogada	243

CONCLUSIONES	246.
---------------------------	------

ANEXOS	253.
---------------------	------

GLOSARIO	290.
-----------------------	------

BIBLIOGRAFÍA	295.
---------------------------	------

INTRODUCCIÓN.

Los numerosos avances registrados en el campo de la biología y de la genética molecular, las recientes metas alcanzadas por la investigación embriológica y las nuevas fronteras abiertas por la biotecnología presagian un sin número de aplicaciones benéficas para el hombre, pero al mismo tiempo plantean cuestiones inquietantes acerca de los valores fundamentales de la existencia humana y de las normas que regulan la convivencia.

La perspectiva de la posible producción de formas manipuladas de vida o de la posibilidad de que el acto generativo pueda emanciparse totalmente de una relación interpersonal entre hombre y mujer suscita en algunos entusiasmo y en otros, desaliento.

Parece común la intención de responder a esta pregunta: ¿hasta qué punto puede lícitamente avanzar y afirmarse el dominio del hombre sobre el hombre en el terreno médico-biológico?

Esta pregunta se refiere a la frontera ética del progreso científico, que agudiza el conflicto entre las exigencias de la investigación y la protección de los derechos esenciales de la persona. Aquí entran en juego las relaciones de armonía y de equilibrio entre amor y vida en el matrimonio; entre libertad y responsabilidad en la profesión médica; entre naturaleza y persona al interior de la vida humana; entre técnica y la moral en la medicina y en la bioingeniería. Por consiguiente, las finalidades mismas de la ciencia médica son puestas seriamente en discusión: ¿la medicina es una ciencia y un arte para cuidar las enfermedades o es un medio para transformar al hombre, manipulando su vida y su desarrollo?

Nos encontramos en un punto crucial de las aplicaciones científicas y técnicas, donde es más necesario que nunca distinguir entre lo que es técnicamente posible y lo que es moralmente lícito. "La moralidad de la intencionalidad no basta para definir un acto como éticamente positivo". La intención de curar una esterilidad no justifica cualquier medio ni cualquier proceso para obtener la concepción.

Se asiste a una creciente demanda de reglamentación jurídica de los fenómenos ligados a la manipulación del gen humano. Y surge la exigencia de un replanteamiento global de la protección dispuesta por el Derecho respecto de los valores fundamentales de la persona. Son muchas las cuestiones que se le plantean al jurista: desde la defensa de la definición de un estatuto jurídico del embrión como persona humana, hasta la protección de bienes esenciales como la vida humana y la dignidad de la persona humana, la salvaguardia del valor de la procreación, la licitud de los medios y de los fines que caracterizan a las aplicaciones en el campo científico.

Los nuevos métodos de fecundación artificial han desarrollado numerosos remedios contra la infertilidad de la pareja como los casos de patología tubárica y ovárica tratados con la Fertilización *in vitro* y *embryo transfer* (FIVET), cuyos tratamientos han sido sumamente cuestionados.

Las madres subrogadas (*subrogate mothers*) continúan suscitando alarmismo y perplejidad en la opinión pública: mujeres que, mediante pago, han llevado a término, por cuenta de terceros, la gestación de embriones fecundados *in vitro*, con óvulo y espermatozoides de otros comitentes: "madres de alquiler", que se han dado a la tarea de dar a luz un hijo a su propia hermana estéril, etc.

Con todo esto, la decisión de recurrir a un proceso para realizar la procreación tiende a determinar una cierta actitud ante la nueva vida. Los métodos de fecundación artificial implican un dominio por parte de quienes la realizan - los padres y el equipo médico - sobre la persona que nace. En consecuencia, la relación entre ambos es de desigualdad y de subordinación, relación que no es adecuada a la dignidad personal del *nasciturus*. Las mismas condiciones del proceso FIVET tienden a conferir a la nueva vida el *status* de un objeto de producción y de adquisición, sujeto al control de calidad, a la utilización y al rechazo, como veremos a lo largo del presente trabajo.

La suerte del hijo depende, en estos casos, del deseo de los padres. Se trata de conseguir lo que naturalmente es imposible por una enfermedad: la esterilidad. Pero, es el dominio técnico el que impone su ley sobre los mecanismos de la concepción, separando la unión conyugal y la procreación. Una concepción, que lejos de anunciar un progreso, puede suponer una marcha atrás en la dignidad de la persona. Pues la defensa de esta dignidad se basa en la convicción de que la persona es siempre un sujeto, nunca un simple medio. En cambio, las intervenciones artificiales sobre la procreación tienden a convertir al niño en un objeto de consumo para satisfacer todo tipo de deseos. El *no* de la Iglesia y de muchos otros científicos y personas de buena voluntad es un *sí* a la dignidad humana.

Con el presente trabajo demostraremos que el verdadero progreso se realiza también a base de ir determinando los límites de las cosas conforme a la naturaleza de las mismas. Esto puede causar escándalo en una época dominada por la mentalidad permisiva, pero sólo respetando la conciencia de la medida del hombre se contribuirá al crecimiento de la humanidad.

Han transcurrido muchos años desde que se dieron los primeros descubrimientos en materia de ingeniería genética, los cuales sorprendieron a la humanidad, abriendo las puertas de un mundo hasta entonces desconocido y que daba origen a una serie ilimitada de experimentos e investigaciones científicas - y otras no tanto -, que al no contar con una regulación que las normara dieron pie a que se cometieran verdaderas atrocidades en las cuales la ética y el respeto por los derechos humanos y la dignidad humana, - en el caso de la investigación en dichos seres - poco o nada tenían que ver. Estos insospechados hechos, han alterado profundamente la vida social del hombre, quien a través del dominio y la utilización de la tecnología, ha encontrado nuevas formas de energía, multiplicación de la fuerza y sentidos corporales con el uso de sofisticados mecanismos.

Estamos viviendo la era en que las computadoras son parte vital de nuestra vida cotidiana, gracias al manejo de impresionantes volúmenes de información que nos permiten obtener mejores resultados en menor tiempo. Todo esto ha motivado que exista un mayor conocimiento de la naturaleza y la posibilidad de una mayor dominación sobre los procesos biológicos que controlan la vida del hombre en la tierra; de donde se desprende que los avances en el campo de la biotecnología no sólo han dado como resultado la invención de drogas capaces de alterar los mecanismos psíquicos en los seres humanos, sino que ha llegado a alcanzar aspectos realmente sorprendentes como la manipulación genética.

De ahí que sea necesario hacer notar que no todos los descubrimientos en dichas materias han resultado benéficos para la Humanidad, sino que también han dado pie a que algunos pseudocientíficos hayan comenzado a caminar en favor de la investigación fuera de todo límite ético, lo cual seguramente perturbará en un futuro nada lejano la vida del hombre en este planeta.

Es verdaderamente alarmante observar que los esquemas jurídicos que actualmente son aplicados, han sido - por mucho - rebasados por dichos descubrimientos, lo que hace nugatorias a las instituciones y formas de aplicar y expresar el Derecho Positivo; sin mencionar la falta de adscripción a la ética, la moral y la antropología filosófica, en donde encontramos los lineamientos que conllevan a una práctica de la ciencia apegada a la dignidad y naturaleza humana; que en primera y última instancia, es en aras de ella por la cual se debe generar toda la investigación y tecnología biológica. De este modo, los abogados en estrecha cooperación con científicos y humanistas, tienen la obligación de establecer nuevos parámetros de protección jurídica acordes con el avance científico, que en aspectos tales como la manipulación genética ya ha planteado profundos problemas tanto éticos, como filosóficos, religiosos, políticos, sociales, económicos y morales.

Consideramos que no sólo es competencia de los médicos el avance en materias como la biología y la medicina, sino que resulta en tópicos de interés social, ya que la ciencia y la ética deben armonizarse para seguir un mismo camino; sin embargo, la realidad actual nos ha demostrado que esto es de hecho prácticamente imposible, debido a que es en el campo de la ciencia y la tecnología en donde han surgido intereses políticos

y comerciales que nada tienen que ver con la ética y respeto a la dignidad humana, y que originan que la investigación científica haya perdido la meta de servir a la humanidad, dando lugar al prosaico concepto a garantizar la dominación a través de la ciencia de los entes más débiles.

Como consecuencia de lo que hemos puntualizado, “las ciencias y las técnicas no son moralmente indiferentes: exigen el respeto incondicionado de los criterios fundamentales de la moralidad, el servicio a la persona humana y a su bien verdadero e integral según el Plan de Dios.”¹

Las intervenciones artificiales sobre la procreación no deben rechazarse por el mero hecho de ser artificiales, pero han de ser evaluadas moralmente por su relación con la persona dotada de una dignidad y de una vocación divina. Lo que es técnicamente posible no es, por esa sola razón, moral, ética y antropológicamente admisible”.¹

Establecida así la importancia de vincular las prácticas biotecnológicas con un juicio jurídico, ético y antropológico; nos proponemos plantear los principios racionales para formular un juicio realista en este campo, a la luz de los cuales se analizarán las diversas cuestiones marco de la fecundación *in vitro* y, en última instancia, la maternidad subrogada como derivación de aquella.

Para formular un juicio moral en esta campo son decisivos dos principios racionales:

■ la inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano inocente desde el momento de la concepción hasta la muerte;

■ la originalidad de la transmisión de la vida humana, que se propaga de una manera consciente y responsable, sin que sea lícito recurrir a procedimientos que son admisibles en la genética de las plantas o de los animales.

Sobre estos dos puntos, el Magisterio de la Iglesia ofrece a la razón humana la luz de la Revelación, que enseña:

■ La vida de todo ser humano ha de ser respetada de modo absoluto desde el momento mismo de la concepción, porque el hombre es la única criatura de la tierra que Dios ha querido por sí misma, y el alma espiritual de cada hombre es inmediatamente creada por Dios.

■ La procreación humana supone la colaboración responsable de los esposos con el amor fecundo de Dios y debe realizarse en el matrimonio mediante los actos específicos y exclusivos de los esposos.

En la conferencia de prensa de presentación de la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el Card. Ratzinger advirtió que la antropología que subyace en este documento “recoge en profunda continuidad y armonía la enseñanza precedente de la Iglesia”, señalando sus tesis principales: 1) *unidad sustancial de la persona humana*; 2) *la persona humana está dotada de tal dignidad que jamás deberá ser considerada y tratada como un “objeto”. No es “algo”, sino “alguien”*; 3) *sólo el acto conyugal es digno de poner las condiciones para concebir una nueva persona humana.*²

¹ MONGE, Fernando; “Persona humana y procreación artificial”; Ediciones Palabra, S.A., Madrid, 1988, pp. 15 y 16.

² *Ibidem*; p. 16.

En la primera parte de la Instrucción, elaborada con el método de preguntas y respuestas, se señala que "el ser humano ha de ser respetado - como persona - desde el primer instante de su existencia"- Esto significa que desde el instante de su concepción se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida. En cuanto a las discusiones actuales sobre el inicio de la vida, sobre la individualidad del embrión, sobre la identidad de la persona, y sobre el momento de la infusión del alma espiritual; la Instrucción responde: "Ciertamente ningún dato experimental es por sí suficiente para reconocer un alma espiritual; sin embargo, los conocimientos científicos sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?".

Anteriormente el Magisterio (cfr. *Declaración sobre el aborto provocado*, 1974) señalaba que "con la fecundación inicia la aventura de una vida humana". Ahora se ha dado un paso más claro todavía.

A fin de hacer una mejor evaluación moral de los distintos problemas que presentan actualmente las ciencias biomédicas, a continuación presentamos el resumen de las conclusiones principales a las que ha llegado la Congregación para la Doctrina de la Fe, como bien los señala MONGE F. en su obra:³

"1) El diagnóstico prenatal es lícito sólo cuando respeta la vida e integridad del embrión y del feto humano y se orienta hacia su custodia o hacia su curación".

³ Ibidem.

Naturalmente, se opone a la ley moral si intencionalmente se contempla la posibilidad, en el caso de que las previsiones no sean 'satisfactorias', de recurrir al aborto: 'El diagnóstico prenatal es lícito si los métodos utilizados, con el consentimiento de los padres debidamente informados, salvaguardan la vida y la integridad del embrión y de su madre, sin exponerles a riesgos desproporcionados. Pero se opondrá gravemente a la ley moral cuando contempla la posibilidad, en dependencia de sus resultados, de provocar un aborto'.

2) Por consiguiente, "la mujer que solicite un diagnóstico con la decidida intención de proceder al aborto en el caso de que se confirmase la existencia de una malformación o anomalía, cometería una acción gravemente ilícita". También obrarían de un modo contrario a la moral las personas con el mismo propósito y el especialista que, al hacer el diagnóstico, contribuye voluntariamente a favorecer la concatenación entre el diagnóstico prenatal y aborto. Ninguna autoridad puede tampoco imponer una directriz de este tipo.

Las intervenciones terapéuticas sobre el embrión humano son lícitas "siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación."

3) La investigación y la experimentación sobre embriones y fetos humanos vivos es ilícita, "a no ser que exista la certeza moral de que no se causará daño alguno a su vida y a su integridad ni a la de la madre, y sólo en el caso de que los padres hayan otorgado su conocimiento, libre e informado, a la intervención sobre el embrión".

4) "Los cadáveres de embriones o fetos humanos, voluntariamente abortados o no, deben ser respetados como los restos mortales de los demás seres humanos". Por ejemplo,

no podrán ser objeto de mutilaciones o de necropsia sin el consentimiento de los padres, y mucho menos objeto de tráficos comerciales.

5) La destrucción voluntaria de los embriones humanos obtenidos *in vitro* con el solo objeto de investigar reviste "particular gravedad".

6) Naturalmente, se condenan otras formas de manipulación biológica o genética contrarias a la dignidad del ser humano, propia del embrión y que lesionan el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio: intentos de fecundación entre gametos humanos y animales, gestación de embriones humanos en útero de animales o en úteros artificiales, la "fisión gemelar" (provocar la duplicación del cigoto), la clonación, la partenogénesis.

7) La congelación de embriones, aunque se realice para mantener en vida el embrión "constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física".

8) Las intervenciones sobre el patrimonio cromosómico y genético que no son terapéuticas, sino que tienen como fin seleccionar el sexo u otras cualidades, "son contrarias a la dignidad personal del ser humano, a su integridad y a su identidad"⁴.

El estudio que a continuación presentamos pretende, con base en los comentarios antes descritos, dar una visión apegada a la moral, la justicia y la ética sobre la complejidad *per se* que anida en la procreación artificial, y más específicamente, en la maternidad subrogada.

⁴ ...

Dentro de poco, todos los países latinoamericanos se ocuparán de regular legalmente las técnicas de fecundación artificial y la donación, utilización de embriones y fetos humanos.

A este respecto, hemos preparado un conglomerado de consideraciones que pudieran ser útiles en la legislación que se pretenda realizar siguiendo - como hemos tratado en este trabajo - un criterio justo, ético y conforme a la naturaleza humana.

El respeto a la dignidad de la Persona Humana, presente siempre en el Derecho Civil a través de sus instituciones tan antiguas como la necesaria libertad del sujeto en los negocios jurídicos, la multiseccualr prohibición de ejecutar las deudas sobre la persona del deudor, etc., hoy se manifiesta también en la prohibición de fecundaciones e inseminaciones artificiales, o en la ilicitud de la donación de gametos y embriones.

El Derecho Civil encuentra en sus propio principios tradicionales los elementos necesarios para afrontar los actuales problemas, porque siempre se ha apoyado, sin ser de otra manera, en principios generales y objetivos de Justicia en las relaciones entre los particulares, dando a cada uno lo que le corresponde. *Lo suyo*, como objeto de justicia y fin del Derecho, ha estado siempre presente en toda construcción del Derecho Civil.

Como consecuencia de lo que hasta aquí se ha expuesto, se requiere garantizar el interés público en la protección del menor, desde la perspectiva de un deber impuesto a dos sujetos, obligados solidariamente a mantener, instruir y educar a los hijos, aunque hayan nacido por estas técnicas de reproducción asistida. Esta norma se refiere implícitamente a los derechos del que va a nacer, frente a la amenaza de peligro que puede representar la fecundación artificial.

Es en este momento donde el estudioso, por serlo, tiene el deber de investigar y aportar la verdad en cuestiones tan debatidas en las que nuestro Derecho, hasta este instante, es omiso en cuanto a su regulación.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INGENIERÍA GENÉTICA.

Por cuanto hace a los aspectos históricos de esta regulación, tenemos que el Código de Hammurabi, que data de hace casi cuarenta siglos ya regulaba de algún modo la responsabilidad del médico, de ahí pasando por el derecho romano, el Impero Romano de Oriente, España en 1371 con las Leyes de Toro, en 1422 con el Tribunal de Alcalde Mayores y Examinadores, y la Ley del 30 de marzo de 1477 y las ordenanzas de 1491 y 1498, que reorganizaban y daban originalidad al Tribunal del Protomedicato con funciones de regular el ejercicio médico, el cual por aquellas fechas también tenía a su cargo la investigación científica; así pasamos al Tribunal del Protomedicato de la Nueva España en 1630, antecedente de la Facultad Médica del Distrito Federal y antecesora del Consejo Superior de Salubridad y Asistencia hoy Secretaría de Salud, instancias que se han preocupado de algún modo de regular en nuestro país los aspectos inherentes a la investigación científica en seres humanos, estableciendo en algunos casos, sanciones para aquellos médicos que se excedían en sus "estudios".

Internacionalmente, vemos en 1935 el surgimiento del "Proyecto de Mónaco", que buscaba la regulación de aspectos éticos en el ejercicio profesional de la medicina, sentándose las bases para que países como Italia, Francia y Bélgica instalaran cátedras de

ética médica en algunas de sus universidades, pugnando inclusive para que a través de la Organización Mundial de la Salud, se crearan cátedras similares en los países miembros.

No fue sino hasta el final de la Segunda Guerra Mundial que la comunidad internacional llega a emitir las primeras regulaciones al respecto, al elaborar lo que los autores denominan "Código de Nuremberg" a partir de los juicios a que fueron sometidos algunos casos médicos en los cuales se habían realizado investigaciones ajenas y aún más, contrarias a los derechos humanos. Dicho Código con sus diez normas esenciales, como el requerimiento del consentimiento del individuo para ser sometido a un experimento, búsqueda del bien social, experimentación previa en animales, supresión de daño o sufrimiento innecesarios (cabe anotar que debería haberse determinado hasta que punto puede considerarse necesario el sufrimiento o daño) físico y mental, entre otras, representó un tímido avance en favor de la regulación de tales investigaciones. Sin embargo, este ordenamiento fue el antecedente referencial para el surgimiento de declaraciones y directivas orientadas hacia el mismo fin, entre las que encontramos la Declaración de Helsinki de 1964, la cual fue revisada por la Asamblea Médica Mundial en Tokio en 1975, enmendada posteriormente en las Asambleas de Venecia (1983) y Hong Kong (1989), que regulan la Investigación Biomédica en Seres Humanos.

Por último, señalaremos que existe la Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en Sujetos Humanos, de la Organización Mundial de la Salud y el Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, en 1982.

2. MARCO JURÍDICO EN MÉXICO.

En nuestro país, encontramos la influencia innegable de las “directivas”, “declaraciones” y “recomendaciones” indicadas, cuyos preceptos fueron recogidos expresamente por el Código Sanitario en primera instancia y luego por la Ley General de Salud.

La fundamentación de toda la legislación mexicana en éstos tópicos, la encontramos en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala el derecho de protección a la salud que tenemos todos los habitantes, haciendo remisión a la ley para la organización e instrumentación por el ejercicio de ese derecho. Asimismo tenemos que el artículo septuagésimo tercero en su fracción XVI otorga al poder legislativo facultades para dictar leyes en materia de salubridad general en la república.

Como resultado de la facultad constitucional señalada, el Congreso de la Unión expidió en 1973 el Código Sanitario, el cual en el Título Noveno “De la investigación para la salud”, específicamente en los artículos 188 a 195, señalaba la normatividad aplicable a la investigación en seres humanos.

El mencionado Código Sanitario, vio su fin con el surgimiento de la Ley General de Salud de 1984, que en su Título Quinto, “Investigación para la Salud”, sienta las bases para la investigación en seres humanos (artículos 100 a 103), haciendo en su artículo 98 los siguientes señalamientos:

“Art. 98- En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una

comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética...”.

Es decir, que en dicho ordenamiento se procura la regulación de conductas fuera de toda ética por cuanto hace a las técnicas de ingeniería genética, cuyos alcances no son ni remotamente previstos por el legislador, que con tan escueta regulación pretende normar aspectos que definitivamente en nuestra opinión, determinarán el futuro de la humanidad. Retomando las disposiciones del referido Título Quinto, encontramos la anteriormente señalada influencia de la “Declaración de Helsinki” en dichos artículos. También tenemos que existen ciertos aspectos de carácter penal y civil que se contemplan en la propia ley independientemente de otra regulación en los Códigos respectivos. Así pues, el artículo 465 de la Ley General de Salud, establece que los profesionales, técnicos y auxiliares en las disciplinas para la salud (médicos, enfermeras, anestesistas, etc.) son responsables por investigaciones realizadas sin sujetarse a lo dispuesto por el Título Quinto de la propia ley, con sanciones de índole económico y privativas de libertad, así como suspensión en el ejercicio profesional. De ahí también pueden derivarse una serie de conductas debidamente tipificadas por el Código Penal, en lo que se refiere en su caso a homicidio, lesiones, encubrimiento, privación ilegítima de la libertad, responsabilidad profesional, aborto, falsificación de documentos, asociación delictuosa, revelación de secretos, y que en casos más dramáticos pudieran llegar hasta el genocidio. Asimismo y como se anotó en el párrafo precedente, también existe la obligación de reparar civilmente a la víctima por los daños y perjuicios que se le causaren, comprendiendo “el

daño emergente (artículo 2108 del Código Civil), o sea el directamente causado sobre el cuerpo de la víctima...”, “el lucro cesante o perjuicio (artículo 2109 del Código Civil), es decir la privación de cualquier ganancia que se hubiere obtenido de mediar el hecho ilícito...”. “El daño moral (artículo 1916 del Código Civil), que es el menoscabo sufrido por la persona en sus valores morales, en su dignidad, decoro, en su presencia estética, el dolor sufrido”.

Por lo previsto anteriormente, la legislación deja abierto el camino a las propuestas que en un futuro los legisladores aporten. En este sentido, nosotros contribuimos con tal causa haciendo mención de algunas consideraciones que nos parecen relevantes.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Los avances y descubrimientos científicos, en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado el desarrollo y utilización de las nuevas técnicas de reproducción humana.

Estas técnicas permiten fecundar a seres humanos por medios distintos al biológico normal y modificar estructuras genéticas. Afectan, por tanto, a cuestiones fundamentales del ser humano, con implicaciones éticas y jurídicas.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida se encuentran la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Si bien es cierto que la inseminación artificial venía desarrollándose y aplicándose desde hacía tiempo, la aparición de la fecundación *in vitro* aplicada a seres humanos es la técnica que ha logrado conmover a la opinión pública mundial, por las consecuencias que conlleva y la que ha permitido el nacimiento de miles de niños desde 1978 hasta la fecha.

La inseminación artificial es practicada desde hace siglos en plantas y, a escala más reducida, en animales. Sólo a principios de este siglo se comenzó a realizar con éxito en seres humanos pese a que se sabe que algunos se remontan a fines del siglo XVIII o principios del XIX. La aplicación de la inseminación artificial en los seres humanos, advertía GARCÍA CANTERO, subvierte totalmente las bases biológicas del Derecho Civil de filiación, según las cuales la procreación presupone la unión física entre un hombre y una mujer.⁵

⁵ GARCÍA CANTERO, G., "Incidencia de la Medicina y Biología moderna en el Derecho Civil Español", en *Homenaje al profesor López Rodó*, Vol III, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pp. 309-324

La inseminación artificial era el único método que existía para ayudar a tener hijos a las parejas en las que el hombre era estéril. A fines de los años 70, aparece un nuevo método de fecundación asistida que permite solucionar los problemas de esterilidad de la mujer: la fecundación *in vitro*. Esta técnica nace como una forma de remediar los casos en que la mujer presente una lesión irreparable de las trompas que impide el transporte de los gametos y, por tanto, la fecundación. En 1978 tiene lugar el primer nacimiento por fecundación *in vitro* en el Reino Unido.

Con el nacimiento de Louise Brown se consigue la fecundación de un ser humano fuera del vientre materno. Ya no se requiere la relación sexual de un hombre y una mujer para procrear; sólo se necesita la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio. De este modo, se produce la separación de la función unitiva y generativa del acto conyugal. Con esta técnica, la procreación deja de ser un acto íntimo entre dos personas, dando paso a la intervención de terceros: médicos, donantes, etc. Esta nueva forma de reproducción suscita preocupaciones de carácter ético, porque entraña la posible creación y destrucción de embriones humanos, la anormalidad de la descendencia, el cambio de la forma natural de reproducción humana y la posibilidad de ingeniería genética en nuestra especie.

La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* tienen en común que no requieren de la forma natural de reproducción humana para fines procreativos. Se diferencian en cuanto a la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer; en cambio, la fecundación *in vitro* se realiza fuera del cuerpo de la mujer.

El desarrollo del campo de aplicación de la fecundación *in vitro* en la última década es muy rápido, lo que permite introducir nuevas variantes para la solución de la esterilidad. Se recurre a las figuras siguientes: dador de semen (cuando el hombre no produce o el producido es defectuoso); donante de óvulos (si la mujer no puede producirlos), y la madre sustituta (si la mujer carece de útero o tiene contraindicaciones graves para llevar a cabo el embarazo).

Otro de los logros alcanzados que tienen profundas repercusiones es el desarrollo de las técnicas de congelación. Los primeros experimentos de crioconservación de embriones fueron realizados por el grupo australiano de Trounson en 1981. Esta técnica permite almacenar embriones durante varios meses y a veces años, con lo cual se consigue que algunos de los óvulos que se fecundan *in vitro*, en lugar de transferirse todos, sean congelados y transferidos en otras oportunidades. A su vez, esto permite la donación de embriones para otras mujeres estériles.

La congelación de semen y embriones ha permitido que un hombre pueda procrear un hijo después de muerto, dando lugar a la figura que se conoce con el nombre de fecundación *post mortem*.

Por otra parte, la fecundación *in vitro* trae consigo el problema de la manipulación de embriones. Si bien desde una perspectiva positiva, esta manipulación permite la prevención de enfermedades hereditarias de origen genético, desde otro punto de vista cabe la pregunta: ¿tenemos derecho a partir en dos un embrión humano para obtener dos

embriones rigurosamente iguales, uno de los cuales será estudiado - y después destruido - con el fin de controlar que el que se implantará no tenga malformaciones?.⁶

Las situaciones descritas tienen profundas implicaciones éticas y jurídicas. Desde un punto de vista jurídico, principios como el de que "la maternidad es siempre cierta" quedan en entredicho, al producirse la donación de óvulos, embriones y la práctica de las madres sustitutas. A su vez, la figura del donante y la fecundación *post mortem* plantean el problema de la determinación de la paternidad. La congelación de semen y embriones plantea problemas en la aplicación de las presunciones de paternidad establecidas en el Código Civil. Esta nueva problemática obliga a replantearse el concepto de filiación, las formas de determinación o atribución de la paternidad y maternidad y las acciones de filiación, puntos que serán analizados a lo largo de este trabajo.

⁶ RODRIGUEZ LUÑO, A. Y LOPEZ MONDEJAR, M., "La fecundación *in vitro*", Ediciones Palabra, Madrid, 1986, p.49.

2. CONCEPTO DE FECUNDACIÓN *IN VITRO*.

La fecundación *in vitro* (FIV) es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad. Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando esto no se ha logrado por el mecanismo natural.

Algunos especialistas médicos consideran que, para ser más exactos en los términos, debería hablarse de fertilización extracorpórea en vez de fecundación *in vitro*, dado que la primera implica el momento en que se fertilizó el esperma con el óvulo y la segunda sería el momento de la implantación.

Cuando los embriones producidos por la FIV llevan al interior del útero, estamos frente a la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE). Estas son las dos técnicas más estudiadas y practicadas, aunque existen otras variantes como la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), la técnica de Kraft y la del lavado uterino.

Para llevar a cabo la FIVET es preciso:

a) *La obtención de gametos*: El líquido seminal se obtiene normalmente a través de la masturbación, aunque existen técnicas complicadas - descargas eléctricas, inducción del semen durante el sueño, etc. - para conseguirlo con otro sistema que no sea tan inmoral y humillante para la persona humana: prácticamente se reduce al hombre a la condición de un semental en las clínicas donde se realiza la FIVTE.

Para la obtención del óvulo existen dos procedimientos: la laparoscopia y la recogida por vía percutánea - mediante punción del folículo de Graaf a través del abdomen - bajo control ecográfico.

Para garantizar la obtención del óvulo, en la actualidad se efectúa una estimulación artificial del ciclo femenino mediante un tratamiento hormonal, lo que produce, además, una super-ovulación: maduración de varios óvulos (hasta cinco o seis) en cada ciclo, en vez de uno solo. Esto significa que, sin necesidad de tener que repetir la laparoscopia a la paciente, se podrá disponer de varios embriones, de manera que: a) se puede transferir más de un embrión cada vez; b) es posible intentar una segunda transferencia si el primero fracasa; c) sobran algunos embriones, que se conservan congelados para utilizarlos en otros casos o para la experimentación.

b) *El cultivo "in vitro" de los óvulos y su fertilización.* Una vez recogidos y preparados los dos gametos, se facilita su encuentro en un medio de cultivo adecuado, en donde se reproducen las condiciones naturales (de temperatura, osmolalidad, pH y productos nutrientes) necesarias para que se lleve a cabo la fertilización. Después de varias horas, se supone que el gameto femenino ha sido ya fecundado y a partir de entonces el embrión resultante cumple sus primeras divisiones: 30 horas después de la fertilización tiene lugar ya la primera segmentación del cigoto en dos células, a las 40 horas puede constituir ya un embrión de 4 células, y a las 66 horas de 8 células.

c) *Transferencia del embrión al seno materno.* Con el fin de evitar al máximo las condiciones artificiales del crecimiento, generalmente se realiza la transferencia del embrión al útero materno cuando todavía está en el estadio de 2-4 células.

Ésta es actualmente la fase más problemática de la técnica FIVTE. El mayor número de fracaso se debe a que el embrión transferido a la madre no se implanta en el útero. Y cuando aquí se habla de "fracaso", en realidad significa la pérdida de una vida humana, esto es, un aborto. Además, desde de la obtención de gametos, si tiene éxito la fertilización, existe la puesta en peligro del embrión durante toda su vida.

La respuesta de la técnica actual a esta grave dificultad es la práctica de la transferencia múltiple. Consiste en transferir más de un embrión cada vez (normalmente no más de cuatro), con lo que aumenta notablemente la probabilidad de que alguno se implante en el útero materno. Desde el punto de vista adoptado convencionalmente por los equipos médicos, que se expresa mediante el porcentaje de embarazos por laparoscopias realizadas para la recogida de los óvulos , la técnica de transferencia múltiple permite alcanzar unos resultados que presentan la FIVTE, ante las autoridades sanitarias y ante la opinión pública, como una técnica prometedora cuyo desarrollo compensa seguir financiando. Desde el punto de vista real, resulta inaceptable que la transferencia múltiple eleva considerablemente el número de embriones que no se implantan y, por consiguiente, el número de abortos, y la consiguiente puesta en peligro permanente de los que se logran implantar.

Por otro lado, es una convicción bastante extendida que, cuando se produce un embarazo a raíz de la FIVTE, el equipo médico está obligado a servirse de todos los medios de diagnóstico prenatal disponibles hoy día para asegurarse de que nacerá un ser libre de malformaciones. El Dr. STEPTOE afirma claramente que los embriones que presentan anomalías son eliminados mediante el aborto provocado.

La fecundación *in vitro* con transferencia de embriones puede realizarse con gametos de la pareja o de donantes y la transferencia se hace en el útero de la mujer que forma parte de la pareja o en otra ajenal; en el último caso, estamos frente a lo que se ha llamado *maternidad subrogada o de sustitución*. Como se menciona anteriormente la FIVTE, permite varias posibilidades, según la procedencia de los gametos y de si la transferencia se realiza en el útero de la mujer o en una madre sustituta, para solucionar los problemas de esterilidad.

POSIBILIDADES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO

<i>TIPO DE ESTERILIDAD</i>	<i>ESPERMA</i>	<i>OVULO</i>	<i>UTERO</i>
1. Madre estéril con capacidad para concebir.	Padre	madre	madre
2. Padre estéril. Madre con capacidad para concebir	Donante	madre	madre
3. Madre estéril capaz de gestar.	Padre	donante	madre
4. Pareja estéril. Madre capaz de gestar	Donante	donante	madre
5. Madre estéril e incapaz de gestar.	Padre	donante	gesta *
6. Pareja estéril y madre incapaz de gestar	Donante	donante	susti
7. Pareja fértil y madre incapaz de gestar	Padre	madre	susti
8. Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril	Donante	madre	susti

*susti = madre sustituta

3. EVOLUCIÓN DE LA FIV.

En el año 1937 un editorial de *The New England Journal of Medicine*, titulado "Conception in a watch glass",⁸ lanzó la idea de la fecundación *in vitro con transferencia de embriones* (FIVET). En 1944, ROCK Y MENKIN vuelven a proponer la posibilidad de fecundar *in vitro* un óvulo y cultivarlo durante los primeros estados de su evolución.⁹ Solamente eran ideas, porque todavía no existía el conocimiento básico que permitiera desarrollarlas. En 1949, comenzaron los trabajos científicos relacionados con la Técnica de la FIV y de la FIVTE, cuando HAMMOND demostró la posibilidad de cultivar embriones de ratón desde el estadio de 8 células hasta el de blastocito.¹⁰ Casi diez años más tarde, WHITTEN confirmó el descubrimiento de HAMMOND y demostró, a su vez, que era posible desarrollar *in vitro* desde embriones dos células hasta blastocitos, cuando se introducía un pequeño cambio de componentes en el medio de cultivo.¹¹ MCLAREN Y BIGGERS consiguen, aplicando la técnica de WHITTEN, desarrollar blastocitos de ratón hasta ratones adultos, después de haber sido transferidos al útero de una madre adoptiva.¹² En 1959, CHANG consiguió la primera fertilización *in vitro* en mamíferos: conejos.¹³

⁸ ANONIMO, "Conception in a watch glass", en *The New England Journal of Medicine* 217, P. 678, citado por BIGGERS, J.D., en "In vitro fertilization and embryo transfe in human being", op.cit., pp. 336-342.

⁹ ROCK, J. Y MENKIN, M.F., "In vitro fertilization and cleavage of human ovarian eggs", en *Science* 100, USA, 1944, pp. 105-107.

¹⁰ HAMMOND, J., "Recovery and culture of tubal mouse ova", en *Nature* 163, Londres, 1944, pp. 28 y 29.

¹¹ WHITTEN, W.K., "Culture of tubal ova", en *Nature* 179, Londres, 1957, pp. 1081-1082.

¹² MCLAREN, A y BIGGERS, J.D., "Successfull development and birth of mice cultivates *in vitro*as early embryos", en *Nature* 182, Londres, 1958, pp. 877.

¹³ CHANG, M.C., "Fertilization of rabbit ova *in vitro*", en *Nature* 184, Londres, 1959, pp. 466 y 467

Los trabajos con gametos humanos comenzaron con EDWARDS en la segunda mitad de la década de los años sesenta,¹⁴ cultivando en ovocitos humanos. A finales de los sesenta y en la década de los setenta, en colaboración con STEPTOE, publicaron los resultados de una investigación sobre recolección de ovocitos humanos y su posterior fecundación.¹⁵ En 1976 realizaron la primera transferencia de embriones obtenida en una probeta, consiguiendo un embarazo tubárico.¹⁶ Dos años más tarde, logran el primer nacimiento de una "niña probeta". Louise Brown, quien nace el 25 de julio en el Oldham General Hospital de Lancashire, demostrando que es posible trasplantar un embrión humano después de haberlo obtenido en un cultivo de laboratorio, donde se han unido un espermatozoide y un óvulo.

Paralelamente a este grupo inglés, trabajo otro equipo australiano, perteneciente a la Monash University de Melbourne. Desde 1970, este equipo recoge óvulos en intervenciones quirúrgicas y por laparoscopia. En 1973, realizan los primeros intentos de FIV y transferencia de embriones, aunque sin éxito en los embarazos. En 1979, consiguen el primer nacimiento de una niña por FIVTE en el Royal Women's Hospital.

En Estados Unidos de Norteamérica la investigación de la fecundación *in vitro* fue muy activa a comienzos de la década de los setenta. Se interrumpió en el año de 1975, debido a la publicación de una normativa del Departamento de Salud, Enseñanza y Beneficencia (HEW). En dicha normativa se estableció que las proposiciones para

¹⁴ EDWARDS, R., BAVISTER, B. y STEPTOE, P., "Early stages of fertilization *in vitro* of human oocytes matured *in vitro*", en *Nature* 221, Londres, 1969, pp. 632-635.

¹⁵ EDWARDS, R., "Maturation *in vitro* of human ovarian oocytes", en *The Lancet* 2, Londres, 1965, pp. 926-929. EDWARDS demuestra en este trabajo que la mayor parte de los óvulos liberados del folículo y puestos en medio del cultivo continúan y completan su maduración a una velocidad similar con la que maduran en el ovario después de ser estimulados por la hormona luteinizante

¹⁶ EDWARDS, R., Y STEPTOE, P., "Reimplantation of a human embryo with subsequent tubal pregnancy", en *The Lancet* 1, Londres, 1976, pp. 880-882.

investigar con fetos humanos y FIV en la especie humana, debían ser revisadas por los Institutos Nacionales de Salud y controlados por el Consejo Asesor de Ética Nacional (EAB). Estas disposiciones impusieron una moratoria a las investigaciones de la fecundación *in vitro*.¹⁷

En mayo de 1979, el EAB publicó un informe favorable a la investigación de la fecundación *in vitro* humana, con transferencia o sin ella. En 1981 nace el primer niño por FIVTE en Estados Unidos.

Desde 1981, la fecundación *in vitro* se ha ido estableciendo como procedimiento clínico, produciéndose embarazos y nacimientos en los diversos centros especializados del mundo.¹⁸

En España, es el Instituto DEXEUS de Barcelona el que inicia los estudios de la fecundación *in vitro* en 1982. En julio de 1984, el equipo dirigido por el Dr. Barri logra el nacimiento de una niña por medio de esta técnica.

En este año 1984 se producen los primeros casos de embarazos en que la madre genética no coincide con la gestante. En el Monash University de Melbourne se fecundó por fecundación *in vitro* el óvulo donado por una mujer, con semen del marido de una

¹⁷ DEPARTAMENTO DE SALUD, ENSEÑANZA Y BENEFICENCIA (HEW). "Apoyo a la investigación que implica la fertilización humana *in vitro* y transferencia de embriones". (Support o Rescarch Involving Human *in vitro* fertilization and embryo transfer). Consejo Ético, US imprenta Oficial del Gobierno, Washington D.C. USA, 1979.

¹⁸ Para estudiar la evolución de la FIV consultar: DE LA FUENTE, P., "Presente y futuro de la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones", en Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1988. Pp. 84 y 85

RODRIGUEZ LUÑO, A., y LÓPEZ-MONDEJAR R., "La fecundación *in vitro*", Ediciones Palabra, Madrid, 1986, pp. 19-24.

segunda mujer estéril por causas ováricas, y en el Harbor-Ucla Medical Center de semen del marido de una mujer estéril. Se extrajo el embrión de cinco días del útero de la primera trasplantándolo en el útero de la segunda, donde se desarrolló el resto de la gestación.

Estas técnicas han continuado desarrollándose, hasta conseguir la maternidad por subrogación o de sustitución. Es decir, mujeres que gestan hijos por otras imposibilidades para hacerlo, sea por falta de útero o por existencia de contraindicaciones graves al embarazo. Este hecho ha causado una verdadera conmoción debido a las implicaciones éticas que conlleva, especialmente, porque la mayoría de las mujeres que se prestan a llevar el embarazo de sustitución lo hacen motivadas por las fuertes remuneraciones que reciben.

En los Estados Unidos de Norteamérica es una práctica común, constituyéndose en casi una alternativa a la adopción. Varios Estados tienen proyectos de ley para regular este tipo de maternidad.

Todos los informes europeos que han estudiado las técnicas de reproducción asistida han propuesto la prohibición absoluta de la maternidad subrogada. Tanto la ley española como la suca y la alemana, que se han dictado sobre el tema, han prohibido la utilización de este tipo de maternidad.

Suele encuadrarse el origen de la FIVTE en las investigaciones dirigidas a resolver el problema de la *esterilidad tubárica* definitiva. Pero el análisis de la documentación científica disponible hoy día, así como las declaraciones de algunos de los científicos interesados, muestran que la FIVTE responde también a oscuros intereses profesionales y científicos, pues esta técnica permite disponer de embriones humanos para la experimentación y la investigación. De éste tema trataremos más adelante.

Además, no olvidemos que la FIVTE se presentó al principio como una técnica para casos-límite de infertilidad. Para no herir la sensibilidad del sentido común de la gente, se hablaba exclusivamente de FIVTE homóloga (usando sólo gametos de los cónyuges e implantando el embrión en el útero de la esposa). Pero ahora se ha extendido indiscriminadamente a todo tipo de combinaciones entre gameto del marido o del donante, óvulo de la esposa o de la donante, implantación en el útero de la madre o recurso a las "madres subrogadas". En total salen 8 posibilidades diversas (ver. cuadro único. pag.6) de concebir con el sistema de FIVTE, desde la homóloga a la completamente heteróloga (semen de un donante, óvulo de una donante y trasplante del embrión resultante en una "madre subrogada").

4. DESCRIPCIÓN DE LA TÉCNICA.

Generalmente, las parejas escriben o acuden al Centro donde existe un equipo de FIVTE para exponer su caso. Estas parejas son citadas para una fecha en la que serán recibidas y entrevistadas por un miembro del equipo.

En esta entrevista se suelen aportar todos los estudios previos que les han realizado y el ginecólogo les explica en qué consisten las técnicas, posibilidades de éxito y las pruebas complementarias necesarias para confirmar el diagnóstico, en el caso de que exista.

Después de clasificar el tipo de esterilidad y la técnica que es indicada, se valoran la edad de la paciente, la existencia de un ovario funcionando para poder estimularlo y la existencia de útero.

Una vez que se han valorado los requisitos señalados y aceptado a la paciente, se inicia el tratamiento, a través de una hiperestimulación. Para ello se le somete a un tratamiento hormonal, con el fin de conseguir que maduren varios óvulos simultáneamente. Durante este periodo, la paciente es controlada con ecografías y análisis de sangre y orina, para determinar el grado de preparación de los ovarios.

Cuando la ovulación es inminente, la paciente es llevada al quirófano para puncionar los folículos del ovario (sea por laparoscopia o ecografía) y obtener así, los óvulos. La precisión cronológica es vital, porque, si se actúa demasiado pronto, los óvulos obtenidos serán inmaduros y, por tanto, no aptos para la FIVTE. Si es tarde, los óvulos habrán desaparecido de la cavidad abdominal y su obtención será prácticamente

imposible. Los óvulos obtenidos son clasificados según su grado de madurez e inseminados con el semen de su pareja o de un donante.

Transcurridas diecisiete o dieciocho horas podrá saberse si los óvulos han sido normalmente fecundados. Ocurre esto con más de cincuenta y cinco por ciento de los óvulos obtenidos en un programa de fecundación *in vitro*.

Los óvulos fecundados (embriones) se mantienen inmersos en un cultivo en el interior de una incubadora, por un periodo que oscila entre 12 y 24 horas. En este intervalo, un ochenta por ciento de los embriones va dividiéndose; son los que van a ser transferidos al útero de la mujer, por medio del paso de un fino catéter a través del cuello del útero. Dos semanas después se podrá saber si se ha logrado el embarazo.¹⁹

Se pueden señalar los datos siguientes respecto a los éxitos o peligros de la FIVTE:

En 1979 EDUARDS Y STEPTOE declararon que el porcentaje de nacimientos por intentos de fertilización *in vitro* es del 4%, y el de nacimientos por laparoscopias intentadas para la recogida del óvulo es del 2,9%.

En 1983 C. WOOD y colaboradores (Australia) señalaron que de un total de 984 embriones transferidos, sólo llegaron a nacer 95 (9,4%), muriendo 889 restantes (el 90,6%).

¹⁹ Para estudiar la forma como se lleva a cabo la FIVTE consultar: TABOADA, L., *La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fecundación in vitro*, Icaria Editorial, Barcelona, 1986, pp. 41-49.

DE LA FUENTE, P., *Presente y futuro de la fertilización in vitro*, op.cit. pp. 85-86.

BARRI, P., "Fertilización *in vitro*", informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, mecanografiado, Madrid, 1985, pp. 4 y 5

Por lo que se refiere a los riesgos se llegó a la conclusión, en 1979, de que el 40 o 50% de los embriones humanos transferidos e implantados con éxito pueden tener una anomalía cromosómica que les lleve a la muerte antes del nacimiento. Según BIGGERS, existe evidencia de que la técnica de la super-ovulación favorece el aumento de aberraciones cromosómicas, así como también está documentado que algunas características de la técnica FIVTE favorecen las fertilizaciones polispermicas y otras malformaciones.²⁰

A menudo se publican resultados fragmentarios, bien porque conciernen a un periodo particularmente favorable o bien porque sólo dan las cifras correspondientes a un periodo de la FIVTE, sin mencionar la totalidad de las intervenciones aplicadas a parejas estériles. Las cifras más fiables fueron presentadas en el Congreso Internacional de Helsinki (mayo de 1984). En un conjunto de 9.641 tratamientos realizados, se transfirió al menos un embrión a 7.733 mujeres. De estos "transfer", muchos de ellos múltiples, sólo llegaron a nacer 590 niños. El porcentaje de éxitos fue, pues, de un 7,6%, y la pérdida de embriones elevadísima.

En otro congreso celebrado en Norfolk (Virginia, E.U.A.) el año de 1987, participaron los principales especialistas del mundo en técnicas de fecundación *in vitro*, los cuales corroboraron que sólo nueve de cada cien mujeres que se someten a la FIVTE consiguen tener un hijo. La tasa de éxitos... es muy similar en todos los centros médicos donde se practica la FIVTE: entre 15 y 20 embarazos clínicos por cada 100 mujeres en las

OCIOA, C., y BILBAO, J., Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, mecanografiado, Madrid, 1985, p 6

que se ha reimplantado un embrión. Pero la tasa desciende a un 9% si se considera el número de mujeres que comienzan todo el proceso que abarca la FIVTE. Pues no en todos los casos se llega a la implantación del embrión.

Por otra parte, los estudios del Congreso ponen también de relieve que los embarazos obtenidos con la FIVTE son a menudo complicados. Según una ponencia del doctor JEAN COHEN, basada en el examen de 2, 342 casos de diversos centros de todo el mundo, la tasa de abortos espontáneos es del 26,2% muy superior a la que se produce en los embarazos naturales. La tasa de embarazos extrauterinos es del 5,25%, también anormalmente elevada. La de embarazos múltiples (gemelos o trillizos) es un 19,3%. La de cesáreas es elevadísima: 46% para los embarazos únicos y 72% para los múltiples. El riesgo de parto prematuro y de hipotrofia fetal es tres veces superior al de los embarazos normales. En cambio, el porcentaje de otro tipo de malformaciones es sustancialmente idéntico. Según el doctor GILBERT SARROT, una de las causas que influyen en estos resultados radica en el estado psicológico peculiar, de gran tensión nerviosa, a que se ven sometidos tanto la mujer como el equipo médico que la atiende.

Una de cada cinco mujeres sometidas a esta técnica debe quedar embarazada. Se considera bueno el rendimiento de un equipo cuya tasa de embarazo se acerca al veinte por ciento de las pacientes. No hay que olvidar que a una pareja sana, que cohabita un mes buscando el embarazo, la naturaleza le proporciona un treinta por ciento de posibilidades.²¹

²⁰ Cfr. A. RODRIGUEZ LUÑO Y R. LÓPEZ MONDEJAR, "La fecundación *in vitro*" Edita Palabra, Madrid 1980, pp. 62-70.

²¹ BARRI, P., "Fertilización *in vitro*", op.cit., p.2.

Hay que señalar que esta técnica produce una fuerte tensión emocional en la mujer a la cual se le practica, lo que debería llevar a que las parejas que se sometan a esta práctica recibieran apoyo psicológico mientras dure el tratamiento. Se sabe de parejas que después de someterse a esta técnica han terminado separándose.

5. SIGNIFICADO DE LA FIV.

Cuando nació Louise Brown, el 25 de julio de 1978, por la técnica de fecundación *in vitro*, quedó señalado un hito: se demostraba que la concepción de un ser humano podía producirse fuera del vientre de la madre, bajo el control de la ciencia y de la medicina.

Por lo mismo, quedaba demostrado que la función unitiva y generativa del acto conyugal podían separarse. Para procrear un hijo, la indispensable unión entre un óvulo y un espermatozoide podía darse tanto a través de la forma normal de procreación entre un hombre y una mujer como sobre una placa de laboratorio; esto es, a través de una técnica especial.

Sin embargo, la información que se ha dado en la opinión pública no siempre ha sido totalmente objetiva. Generalmente, se ha presentado esta técnica reproductiva de modo unilateral, como si fuera la ayuda fundamental de la ciencia moderna al problema de la esterilidad. En realidad, no sólo no cura la esterilidad, sino que ha desviado muchos esfuerzos investigadores, paralizando la puesta a punto de técnicas quirúrgicas -como la microcirugía reparadora de la trompa o la investigación en el trasplante de trompa- que podrían resolver - *a radice* - tal problema. Pero la cuestión más grave que se ha ocultado en la práctica de la FIVET es que ocasiona la pérdida de embriones humanos.

Por otra parte, cuando en la fecundación *in vitro* interviene una donante de óvulos, se produce una disociación del elemento genético y biológico, ya que a través de esta técnica se logra una criatura que presenta un patrimonio genético materno distinto al de su madre biológica o gestacional.

La fecundación *in vitro* encuentra su origen en su desarrollo de las investigaciones encaminadas a resolver el problema de la esterilidad tubárica, reconocida como una de las causas más frecuentes de la esterilidad. El Dr. BARRI, en su comparecencia ante la "Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* e inseminación artificial humanas", del Congreso de los Diputados español, señalaba que entre diez y un trece por ciento de las parejas de edad fértil tienen problemas de esterilidad. A esta situación contribuyen el stress, diversos efectos de los anticonceptivos y la difusión de enfermedades de transmisión sexual.²²

La reacción mundial frente al descubrimiento de estas técnicas fue, al mismo tiempo, de admiración y preocupación, porque el desarrollo de la fecundación *in vitro* no sólo supone una posibilidad "neutra" de superar problemas de esterilidad, sino que implica la posible creación, experimentación y destrucción de embriones humanos y la posibilidad de una ingeniería genética en nuestra especie. Ni más ni menos que lo que anticipara, novelísticamente, ALDOUS HUXLEY en su ya clásico *Mundo feliz*, a finales de los años 40.

²² BARRI, P., Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión N° 357, celebrada en Madrid el 6 de noviembre de 1985, p. 10906

Así, la fecundación *in vitro* que fue inicialmente ideada para resolver los casos de infertilidad femenina relacionada con la obstrucción de las trompas de Falopio, fue ampliando su campo de acción para resolver casos como los siguientes:

a) Presencia de anticuerpos, antiespermatozoides en el moco cervical, prevención de enfermedades genéticas o ligadas al sexo, defectos del semen del marido. Para estos casos se ofrece la posibilidad de recurrir al empleo de semen de donante.

b) Inaccesibilidad o grave hipoflasia del ovario. Se ofrece a la paciente la posibilidad de recurrir al empleo de óvulos de donadora.

c) Falta de útero o existencia de contraindicaciones graves del embarazo. Se puede recurrir a una madre sustituta.

Se ve, claramente, que esta extensión en la aplicación de la fecundación *in vitro* implica la introducción de nuevos elementos, que modifican la identidad primitiva de esta técnica desde un punto de vista antropológico, social, jurídico y ético. Al mismo tiempo, se presenta el problema de si esta técnica debe considerarse: a) como un método terapéutico, destinado a ayudar a superar los problemas de la esterilidad de la pareja o a prevenir enfermedades de origen genético-hereditario al existir el riesgo de transmisión al hijo o b) como un método alternativo de reproducción.

Si se entiende que la fecundación *in vitro* es un método alternativo de reproducción, pueden tener acceso a ella la mujer sola fértil que por prejuicio o rechazo al hombre no quiere tener un hijo por el método natural y la mujer viuda o la formaba pareja estable que quiere ser fecundada con el esperma de su marido o compañero muerto.

Como suele ocurrir, los científicos, por sí solos, no siempre captan el alcance de sus descubrimientos. Sus juicios de valor están condicionados por el ámbito de conocimientos que manejan y su punto de referencia es el logro de los mejores resultados. Por tanto, son parte interesada y ello, por lo general, afecta su objetividad, lo que hace necesario un control social externo a los investigadores que realizan las técnicas de reproducción.²³

La importancia sociológica de nacimientos producto de la aplicación de la fecundación *in vitro* y sus implicaciones con instituciones jurídicas asentadas en valores y conceptos tradicionales, justifican la preocupación de los juristas.

Por lo demás, es este un problema que no puede ser enfocado desde una sola perspectiva, sino estudiándose todas las consecuencias jurídicas, sociales, éticas, biológicas que entraña. El estudio, para realizarse sin prejuicios, ni desde posiciones predeterminadas, supone la multidisciplinariedad.

De partida, la prohibición de estas técnicas ya no es posible - aunque desde ciertos sectores se pretenda -, dado el número de niños que ya han nacido gracias a ellas. Es un alternativa con posibilidades ciertas de éxito, que aconsejan los médicos de parejas que no han podido tener un hijo. Dichas parejas, que durante mucho tiempo han visto frustrada su intención de tener hijos, encuentran así un solución sin entrar a plantearse los

²³ Existen trabajos científicos sobre la FIV en que se reclama una regulación específica al respecto. En 198, el investigador francés JACQUES TESTART, que abandonó por razones éticas algunos campos de investigación genética, señalaba públicamente la necesidad de un control social externo a los investigadores que realizan la aplicación de las nuevas técnicas de procreación.

problemas éticos y jurídicos que entraña el empleo de fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE).

Desde otra perspectiva, es ya una realidad que en un laboratorio se pueda manipular la herencia humana, influir en ella y modificarla. El hombre ya no sólo controla la cantidad

de su descendencia - gracias a los anticonceptivos -, sino también su calidad. Se pueden tratar las enfermedades de origen genético, elegir el sexo, color de ojos, etc. Lo que bien encauzado podría ser un avance para la humanidad, también conlleva serios riesgos.

WALLER advertía: "Dos son los símbolos de nuestro siglo. El primero es el mortífero hongo atómico. El otro es la hélice doble simétrica, en forma de serpiente, que es la expresión visual del ADN, el material genético que se encuentra en todo organismo vivo. El poder desatado del átomo ha dado como resultado una serie de catástrofes desde Hiroshima hasta Chernobil. Nuestro conocimiento de los genes nos permite hoy llevar a cabo una serie de manipulaciones genéticas y aplicar varios tipos de terapias de genes, no sólo en animales, sino también en los seres humanos, ¿somos capaces de controlar lo que puede depararnos el futuro?"²⁴

La manipulación de embriones puede tener diversas formas: desde la que se efectúa en el cumplimiento de la técnica, como la capacitación de los espermatozoides o la maduración de los óvulos, hasta la intervención sobre los embriones, sea desdoblándolos, fraccionándolos, clonándolos, fundiéndolos, haciéndolos crecer extracorporativamente o alterando los genes, etc. Todas estas posibilidades realmente,

pueden llevarse a cabo y lo que aún se mantiene en el campo de la ciencia-ficción. Algunos científicos consideran que la manipulación de embriones puede salvarnos de casi todas las enfermedades y anomalías. Otros afirman que de las tres mil enfermedades de origen genético conocidas se pueden contar con los dedos de la mano las que podrían resolverse. Más allá, unos sostienen que no es posible investigar en embriones animales y conseguir los mismos resultados, mientras otros consideran que es posible y hay quienes estiman que hasta que no se realice esta práctica no se sabrá.²⁵ Estas mismas contradicciones se han planteado en los grupos de estudio que han elaborado informes al respecto.

Ante esta manipulación de embriones surgen preguntas como: ¿con qué embriones investigan?, ¿a quién pertenecen los embriones?, ¿qué hacer con ellos si los padres se divorcian o se mueren?, ¿quién decide sobre el destino de cada embrión?, ¿qué embriones pueden implantarse?, ¿se incluye dentro del derecho a heredar una estructura genética no modificada parcialmente?.

La terapia genética no sólo concierne a las personas vivas, sino también a la posteridad, ¿quién entonces debe dar el consentimiento para el cambio genético?.

En países como Noruega, Alemania, Portugal, las investigaciones relativas a la manipulación de embriones se han prohibido de manera radical; en Francia se ha establecido una moratoria y en otros países, como Gran Bretaña, Australia, Italia y España, la legislación permite la manipulación de embriones. La ley española de 22 de

²⁴ WALLER, "Creatin Children. A uniform approach to the law and Practice of Reproductive Technology in Australia, Family Law Council, AGPS, Camberra, 1985, p 6

noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su artículo 20, prohíbe la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, por lo que solamente se pueden autorizar estas técnicas cuando exista un motivo médico. Los investigadores en estos temas de reproducción han interpretado que esta autorización se refiere al caso de que nos encontremos ante una enfermedad hereditaria, como puede ser la hemofilia, situación en la que estaría justificado realizar la manipulación genética. Pero si no hay tal enfermedad no existiría ningún fin terapéutico o médico que las permita.

Situaciones como las descritas han llevado a la formación de varias comisiones interdisciplinarias en distintos países, para que estudien las normativas sobre los márgenes en los cuales deben moverse los investigadores. A su vez, los informes de estas comisiones han servido de base para elaborar proposiciones de ley sobre la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, que han venido a regular no solo la prohibición o permisividad de la investigación genética sino, también, las consecuencias jurídicas que conllevan dichas técnicas. España ha sido el primer país europeo en dictar una ley que regula la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Anteriormente, el 22 de diciembre de 1985, Suecia había dictado una que regulaba exclusivamente la inseminación artificial.

Podemos concluir que la fecundación *in vitro*, ya sea homóloga o heterónoma, tiene repercusiones que van más allá de procrear de forma artificial y dar un paso hacia adelante al "obstáculo" de la esterilidad en los matrimonios (realmente la esterilidad no es un obstáculo para los matrimonios; lo que sí es un obstáculo es la impotencia)

²⁵ Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión N

Sus implicaciones son de tal forma agudas que en ocasiones los científicos omiten expresarlas a la opinión pública, para no generar en ella una reacción de rechazo hacia la práctica de esta técnica; que *per se* es inmoral y humillante para la persona humana en razón del procedimiento para obtener los gametos y realizar la fecundación; es injusta en razón de negar el derecho del recién nacido a ser procreado a través del acto conyugal con su significación unitiva y generativa; además de inmoral e ilícita por el número alarmante de abortos espontáneos que se generan al realizar la fecundación *in vitro*. Todo ello por el afán mezquino de la ciencia que apartada de un criterio ético y justo, pretende ser la providencia de la raza humana al generar la vida, manipularla y por consiguiente, destruirla si le place; sin considerar que toda ciencia debe partir de las premisas que las leyes de la naturaleza establecen con base en una Ley Divina y una Ley Natural.

Existen además, resultados contundentes de carácter científico que ponen en "tela de juicio" a la fecundación *in vitro* como la panacea contra la esterilidad; éstos son respecto a los éxitos o peligros de la FIVTE: en el primer caso, el porcentaje de los niños nacidos bajo esta técnica no llega siquiera al 10% de los embriones transferidos, mientras que el 90% restante muere. En el segundo caso, los riesgos son excesivamente elevados; el 40% o 50% de los embriones humanos transferidos e implantados con éxito pueden tener una anomalía cromosómica que les lleve a la muerte antes del nacimiento dada la complejidad de los embarazos obtenidos con la FIVTE, en los cuales existe una tasa de abortos espontáneos muy superior a la que se produce en los embarazos naturales; como se menciona junto con otras cuestiones en el apartado anterior.

Asimismo, es necesario explicar como razones disidentes de la fecundación *in vitro*: a) su alcance dentro de la medicina preventiva, b) su costo y, aún más importante; c) su repercusión psicológica en los matrimonios estériles, en el propio recién nacido, y en los operadores de la técnica de FIVTE.

A) *El alcance de la fecundación in vitro dentro de la medicina preventiva.* Para determinarlo es necesario conocer el porcentaje de esterilidad y las causas de la misma en los matrimonios. Respecto al porcentaje, alrededor del 10% de las parejas tiene problemas de esterilidad que, según los especialistas, son debido a un cambio en las costumbres sexuales. Por otra parte, es importante conocer las causas de infertilidad para valorar suficientemente los medios con los que la política social podría intentar reducir la infertilidad a través de la curación de sus causas. La fertilización *in vitro*, usada como técnica clínica, está indicada para resolver los casos de infertilidad debidos a la oclusión tubárica. Las causas más comunes de la oclusión tubárica (alrededor del 90% de los casos) son abortos precedentes, el uso del DIU (dispositivo intrauterino) como dispositivo anticonceptivo, y las enfermedades transmitidas por vías sexual.

Entre los matrimonios que recurren al médico por problemas de esterilidad se ha observado que algunos logran tener hijos antes de poner en práctica el tratamiento o bien después, cuando sus efectos se han agotado. Esto ha llevado a preguntarse sobre la EFICACIA DEL TRATAMIENTO y si tales embarazos no se habrían producido en cualquier caso. En 1985 un estudio publicado por un equipo norteamericano sobre 1,145 matrimonios estériles dio respuesta a esta cuestión. De los 1,145 matrimonios, 597 siguieron el tratamiento y 548 no. Sin embargo, hubo tantos embarazos en el primer grupo

como en el segundo. Y el 90 de ellos tuvieron lugar en el primer año siguiente a la consulta. La descomposición de estos casos por categorías permite distinguir, en primer lugar, las esterilidades absolutas (obturación total de trompas, ausencia de gametos masculinos), que no representan más del 10% de las consultas por esterilidad y que no curan jamás sin tratamiento. Pero la gran mayoría son esterilidades relativas, debidas a anomalías inconstantes de la ovulación o del espermatozoides, a adherencias en las trompas o a afecciones parciales de la matriz.

Según el estudio norteamericano, en las esterilidades relativas los resultados son los mismos con o sin tratamiento. En los casos más difíciles (adherencias parciales de trompas, anomalías del espermatozoides, pequeñas endometriosis), los *resultados* han sido mucho *mejores en ausencia de tratamiento*. Por ejemplo, sobre 61 casos de lesiones de trompas, se han observado 12 embarazos entre las mujeres tratadas y 26 sin tratamiento. Entre las esterilidades calificadas como "inexplicables", hubo 3 embarazos en la serie tratada y 80 sin tratamiento terapéutico. En este tipo de casos, parece que la mediación fue contraproducente.

Por consiguiente, la fertilización *in vitro* carece de una eficacia real como tratamiento contra la esterilidad de tipo absoluta, ya que ofrece un bajísimo porcentaje de éxito - no va más allá de un 15%, aún en los laboratorios de vanguardia - así como una gran tensión psicológica; circunstancias éstas que la gente desconoce. Los resultados incitan pues, a profundizar en el estudio de los factores que favorecen la fecundidad.

Y, a los matrimonios, a tener paciencia, pues a veces puede darse un exceso de ansiedad si tarda en producirse el embarazo.²⁶

B) *El costo de la FIVTE. ¿cuánto cuesta el nacimiento de un niño por fecundación in vitro?*. Ciertas encuestas realizadas en Francia señalan que en 1985, se llevaron a cabo tres mil trescientas tentativas que permitieron nacer trescientos niños. Coste total: 50 millones de francos. Coste medio por niño: 165,000 francos. De los cuales, 30% son para gastos de personal, 50% para actos médicos, sobre todo tratamientos hormonales, 7% por días de hospitalización. El costo es variable según los distintos equipos médicos. El "costo de producción" del niño depende de la relación entre los gastos de tentativa y la tasa de éxito de las implantaciones.

En los centros más experimentados, no supera los 70,000 francos; en otros, puede llegar a los 300,000.

La doctora milanesa CRISTINA MAGGIONI, que ha trabajado como investigadora en el Hospital Beclère de Clamart, de París, uno de los primeros centros que experimentó la fecundación artificial en Europa afirma que "las que recurren a esta técnica son mujeres jóvenes y no tan jóvenes, pertenecientes a todas las clases sociales. Muchas no están casadas; en París, la mayoría eran convenientes. Manifiestan una fuerte voluntad de tener un hijo. Pero una voluntad que a menudo oculta un sentimiento contrario: no quieren un hijo por lo que será el hijo, sino para darse el *status* de madre que la naturaleza no les ha otorgado. Muchas de estas mujeres llevan a cabo su intento, incluso el costo de reñir con el marido y de aceptar la fecundación de un extraño.

²⁶ "Aceprensa", Madrid, 27.mayo.1987, Servicio 76/87.

Con su actuación demuestran que han perdido el sentido de lo que se supone ser madre... la mujer pierde de vista el sentido de lo que está haciendo, imaginándose que puede eludir los límites de la naturaleza con un toque de varita mágica. Pero al final, el subconsciente resurge, y con él, el sentido de lo que es el hombre”²⁷.

C) *la complejidad de los problemas psicológicos propios de la fecundación extracorpórea*. Las repercusiones psíquicas que la técnica FIVTE implica recaen tanto en el recién nacido, como en los padres y los operadores técnicos.

Suelen carecer de objetividad las motivaciones que dan los matrimonios que recurren a la FIVTE para reivindicar el derecho al hijo. Estas tienen origen en el deseo desmedido de superar la esterilidad por todos los medios. Normalmente, la mujer y el matrimonio que sufren esta situación la consideran como una limitación inaceptable.

Consideramos que el hijo no es un derecho, sino que es un don que se recibe. Sólo bajo esta perspectiva el “neonato” será tratado como persona y no como objeto. Y esta afirmación no es algo teórico. Basta ver la publicidad que se da en torno a este tipo de nacimientos, circunstancia que puede dañar no sólo el armonioso desarrollo del individuo, sino también el de la familia y de la sociedad entera.

Como punto disidente que establecemos en contra del proceso FIVTE, están las consecuencias negativas de carácter psicológico sobre el niño. Para ello basta con transcribir lo que el profesor ANCONA, psiquiatra de la Universidad Católica de Milán afirma: “En esas condiciones no nace un niño, sino un divo, un emblema, víctima inmediata de todo tipo de publicidad (de productos homogeneizados o de prendas de

²⁷ MAGGIONI, Cristina

vestir). Al niño recién nacido y posteriormente durante su infancia *se le priva de su derecho natural a la intimidad*. Se imposibilita la delicada tarea protectora que debe desarrollar la madre con el fin de hacer menos traumático al hijo el paso del ambiente intrauterino al mundo externo; configurándose un hecho que puede traer peligros físicos y psíquicos importantes.²⁸

Además, sería difícil, y contraproducente, pretender esconder al interesado las condiciones en que fue concebido. Los especialistas afirman que las consecuencias de naturaleza psicótica podrían ser mucho peores que las que se dan cuando el hijo adoptivo descubre a través de habladurías su origen extra-familiar. La vivencia de marginación, de extraneidad, de haber sido concebido en la frialdad de una probeta deshumanizada, influirá notablemente en su personalidad.

Actualmente, se están estudiando diversas repercusiones bio-psicológicas que pueden tener lugar en el embrión cuando es segregado en un ambiente artificial. El embrión es constreñido a vivir en un estado de "deprivación materna". CARL GUSTAV CARUS afirmó en el siglo pasado que el periodo embrional es el momento en el que se desarrolla el subconsciente formativo. Ahora se van conociendo cada vez mejor las influencias, en el proceso evolutivo del niño, de las relaciones fisiológicas y afectivas entre la madre y el niño, tanto en fase fetal como embrional.

En vista de los problemas biológicos, familiares y sociales que entraña el recurso a la FIVTE - homóloga y heterónoma - consideramos que debe prohibirse todo tipo de procreación artificial.

²⁸ MONGE, F. "Persona humana y procreación artificial", Ediciones Palabra, Madrid 1988. Pp 73 -78

En cuanto al influjo que ejerce el proceso FIVTE sobre los padres, ANCONA explica: "En realidad, la búsqueda narcisista de superación de lo imposible, que le ha inducido a optar por la fertilización *in vitro* en vez de la alternativa de la adopción, y a anteponer así la primacía de la generación biológica sobre la psicológica, no parece realmente que pueda hacerles idóneos al proceso de transmisión de afectos y de cultura que lleva consigo la educación en la fase evolutiva".²⁹

Consideramos que el afán posesivo ("derecho al hijo") y la búsqueda enfermiza del "nacimiento cueste lo que cueste" poco favorecerá la armoniosa formación del recién nacido en un ambiente familiar equilibrado. Especialmente en el primer año de vida del niño, es fundamental el papel educador de la madre: debe saber conducirlo a una progresiva independencia y a superar el estado de "alucinación" de los primeros meses de vida. ANCONA considera que el recurso a la FIVTE "pone con alta probabilidad a la madre en contradicción psicodinámica con la posibilidad de gestionar de modo natural este periodo educativo"³⁰.

La FIVTE separa la función unitiva y generativa del matrimonio de modo más radical que las prácticas anticonceptivas. En estas últimas se anula el acto procreativo, pero queda un residuo de comunicación interpersonal, si bien falseada. En la FIVTE - especialmente en la heteróloga- se anula toda comunicación interpersonal.

Así pues, los procedimientos de procreación artificial en su forma heteróloga constituyen además un ataque directo a la armonía del matrimonio y de la familia, que requieren una mutua y profunda comunicación entre sus elementos.

²⁹ ANCONA

No sólo se destruyen los vínculos íntimos que han de existir entre ambos cónyuges, sino que se priva al hijo de su derecho natural a nacer en el calor de una familia, y a la sociedad del valor que constituye la fidelidad.

En cuanto a los operadores de la FIVTE, ANCONA interviene afirmando que: "quien ejerce en este campo se constituye inevitablemente en un demiurgo, se cree con un poder casi divino que hace posible conquistas que por su naturaleza parecen objetivamente imposibles: le da la impresión de compartir con Dios un poder creativo, como lo es el dar fecundidad a un regazo irreversiblemente estéril".³¹

En estos asuntos el hombre pretende de modo blasfemo sustituir a Dios; se otorga una confianza ciega al poder demiúrgico del técnico de la FIVTE, como si fuera capaz de devolver la fertilidad a una mujer que de otro modo no podría ser madre. Sin embargo, la FIVTE no es un tratamiento terapéutico, no cura ninguna enfermedad, la mujer sigue siendo tan estéril antes como después del proceso.

Conforme a la historia de la ciencia médica se suelen tipificar dos modos de concebir a la Medicina, representados por las escuelas de Gnido y Cos. El primero sigue la tradición de Galeno y afronta racional y empíricamente la enfermedad y su tratamiento, tiende a ver en el paciente sólo el síntoma, el cuerpo y no la persona, considera la dimensión psíquica como un epifenómeno de la función orgánica. La corriente hipocrática de Cos, por el contrario, da importancia al dato clínico, pero sólo dentro de su inserción "biográfica", personalista, diríamos hoy. Las técnicas de procreación artificial se inscriben en la tradición galénica de la medicina, en la que se da más importancia a los

³¹ *idem.*

aspectos tecnológicos, al éxito biológico. a satisfacer un deseo no terapéutico del paciente, sin tener en cuenta otras consideraciones de mayor entidad vital y ética: para asegurar el embarazo se fecundan varios cigotos y los que restan el mejor fin que se les depara es someterlos al congelamiento, al útero de una madre subrogada; o se utilizan con fines experimentales los embriones sobrantes del proceso FIVTE.³²

En esta dirección pronto se llegará a la veterinización de la Medicina, en la que nacerán ejemplares humanos "más resistentes a los trabajos agrícolas" o "con una constitución psicológica más fuerte", como ahora nacen vacas superproductoras de leche o cerdos más capaces de engordar. Se trata de una manifestación de evidente frialdad de comportamiento y de reacciones, cubierta ordinariamente de una pátina científicidad, y de la ausencia, menos evidente pero por esto más destructiva, de frenos afectivos en los programas personales de experimentación.

Así, los científicos y médicos pueden llegar a realizaciones que aparecen como aberrantes a quien se encuentre fuera de este proceso disociativo, pero no a los que están dentro".³³ Aquí se encuentra un grave riesgo: la idea del progreso y de la investigación desligada del valor más fundamental de la dignidad humana que da lugar a dichas aberraciones.

Cuando se da la esquizofrenia ciencia-ética o política-dignidad humana, y desaparece todo autofreno, entonces se pueden dar las más peligrosas aventuras en las que el holocausto principal es la persona más débil.

³¹ idem

³² MONGE, F op. cit

³³ ANCONA

Es, por tanto, ilusorio reivindicar la neutralidad moral de la investigación científica y de sus aplicaciones. Como recuerda el Magisterio de la Iglesia, los criterios orientadores de esa investigación "no se pueden tomar ni de la simple eficacia técnica, ni de la utilidad que pueden reportar a unos a costa de otros, ni, peor todavía, de las ideologías dominantes. A causa de su mismo significado intrínseco, la ciencia y la técnica exigen el respeto incondicionado de los criterios fundamentales de la moralidad: deben estar al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables y de su bien verdadero e integral según el plan y la voluntad de Dios".³⁴

³⁴ Enc. *Dominum vitae*, Introducción, p.2

6. LA CUESTIÓN ÉTICA EN LA FIVET.

Consideramos que merece tratarse en un apartado distinto esta cuestión por la importancia que revisten los numerosos interrogantes éticos ocasionados por las investigaciones y experimentos en torno a la FIV. Entre ellos:

- La pérdida deliberada o prevista de embriones precoces (en la fase de blastocitos, 5 a 10 días de vida) sobrantes, después de ser obtenidos en un número superior al de los trasplantes preestablecidos mediante ovulaciones y fecundaciones múltiples;

- La utilización del embrión con fines experimentales;
- Los riesgos de pérdida del embrión, antes y después de su transferencia al útero materno;

- Los métodos utilizados para llevar a cabo las fases de preparación de la fecundación (por ejemplo, la masturbación, e incluso prácticas aberrantes como unir - destruyéndolos a continuación - gametos humanos masculinos con óvulos de hamster para ver si la infertilidad se debe al hombre o a la mujer).

Nos parece de mayor importancia tratar de un modo más especial los problemas éticos en torno a la separación de la función unitiva y generativa; por lo que a continuación nos centraremos en ello.

“La enseñanza de la Iglesia sobre el matrimonio y sobre la procreación afirma inseparable conexión, que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el

significado procreativo. Efectivamente, el acto conyugal, por su íntima estructura, al asociar al esposo y a la esposa con un vínculo estrechísimo, lo hace también idóneos para engendrar una nueva vida de acuerdo con las leyes inscritas en la naturaleza misma del varón y de la mujer”.³⁵

“La contracepción priva intencionalmente al acto conyugal de su apertura a la procreación y realiza de ese modo una disociación voluntaria de las finalidades del matrimonio. La fecundación artificial homóloga, intentando una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, realiza objetivamente una separación análoga entre los bienes y los significados del matrimonio”.³⁶

En efecto, con la FIVTE se da la posibilidad técnica de separar totalmente la vida a la existencia de una persona humana y la actividad sexual del hombre y de la mujer. Éste es un hecho que ocasiona gravísimos problemas éticos. Como señala C. CAFFARRA el modo adecuado para concebir la persona humana de acuerdo con su dignidad es, a la luz de las enseñanzas de la Iglesia, “el acto conyugal en cuanto expresión de amor entre ambos cónyuges. Y esta unión conyugal no significa sólo la unión biológico-genital, sino que significa también, y sobre todo, una unión psicológica y espiritual de las dos personas. Por tanto, la ilicitud de la fecundación *in vitro* radica en que ahí el acto que origina la vida humana no es el acto de amor conyugal”.³⁷

Esta separación puede causar, entre otras cosas, una diversificación entre paternidad o maternidad genético-biológica, gestacional y legal. De este modo, se

³⁵ Enc. *Humanae vitae*, n 12
Instrucción *Donum vitae*, II, 4

³⁶ *Idem*.

destruye la definición misma de maternidad y comunidad familiar. Ahora ya no queda claro el principio clásico: *Mater semper certa est*. Resulta que se pueden dar tres madres: la genético-biológica, la gestante y la legal. Además, con la experimentación de estas posibilidades técnicas se ha visto que cuando se pierde de vista el valor de la persona individual como un valor inviolable, la persona se convierte en una pura mercancía de múltiples usos: por ejemplo, experimentaciones indignas, o el alquiler de útero. Así, la capacidad admirable de la mujer para ser madre se utiliza para otras prestaciones, y el niño se convierte en objeto transferible como cualquier otra mercancía, decidiendo cada vez qué relación de propiedad se ha de instituir con él.

El impulso sexual tiene como finalidad intrínseca la transmisión de la vida, esto es, desde el punto de vista biológico general. La primera dimensión de la sexualidad en el hombre consiste en el hecho de que *está destinada a dar origen a la persona humana*. Por tanto, se quiere lícitamente la fecundación cuando ésta es el término de un "acto conyugal de suyo idóneo a la generación de la prole, al que se ordena el matrimonio por su propia naturaleza y por el cual los cónyuges se hacen una sola carne. Pero la procreación queda privada de su perfección propia, desde el punto de vista moral, cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir, del gesto específico de la unión de los esposos"³⁷.

Se trata de un hecho natural, pero no meramente biológico, por el valor singularísimo de la persona humana y de su relación con Dios; es el resultado de una procreación "ligada a la unión no solamente biológica, sino también espiritual de los

³⁷ Entrevista publicada en "Estudio Católico", Milan, XII-1986

padres unidos por el vínculo del matrimonio³⁹. En efecto, el hombre es la única criatura de este mundo que Dios quiere por sí misma. Esto implica que la persona que llega a la existencia es pensada y querida por Dios. En la generación humana concurren el amor divino y el amor humano, de modo que éste último es elevado al orden mismo de la creación. Por esto se habla de pro-creación. La capacidad de cooperar con Dios, "participación de su poder creador"⁴⁰.

La instrucción vaticana sobre cuestiones de Bioética explica que "la persona humana ha de ser acogida en el gesto de unión y de amor de sus padres; la generación de un hijo ha de ser por eso el fruto de la donación recíproca realizada en el acto conyugal, en el que los esposos cooperan como servidores y no como dueños, en la obra del Amor Creador"⁴¹.

³⁸ *Donum vitae* op. cit.

³⁹ Discurso a los participantes en la 35 Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, 29-X-1983.

⁴⁰ J. ESCRIVÁ DE BALAGUER, *En Cristo que pasa*, n. 24.

⁴¹ (II, 4)

CAPITULO PRIMERO.

USUARIAS DE LAS TÉCNICAS.

1. FECUNDACIÓN IN VITRO, ¿PROCEDIMIENTO TERAPÉUTICO O MEDIO ALTERNATIVO DE REPRODUCCIÓN?

Para determinar quiénes pueden ser usuarias de la fecundación *in vitro* hay que plantearse si esta técnica es un procedimiento terapéutico que ayuda a superar la esterilidad o es un medio alternativo de reproducción humana, suponiendo respetar o haciendo abstracción de los principios ya enumerados (pags. 8, 9, 10) y, sin contravenir, el punto anterior (pags. 52 y 55).

Se define la esterilidad como una enfermedad o consecuencia de una enfermedad con componentes físicos, psíquicos e incluso sociales. Consiste en la incapacidad para concebir.

Desde este punto de vista, cualquier procedimiento dirigido a remediarla, desaparezca o no la causa que la origina, debe ser entendido como terapéutico.

La fecundación *in vitro*, supuestamente, nació como resultado de la búsqueda de un remedio para resolver problemas de esterilidad. Sin embargo, esta técnica ha tenido un rápido desarrollo, pudiendo lograrse a través de ella resultados procreativos de forma artificial, en personas que no padecen esterilidad, pero que por determinadas razones - justificables o no - desean acogerse a este procedimiento.

El acto de procrear se desarrolló, siempre, en el ámbito de la pareja con un carácter íntimo, exclusivo, personal e intransferible. Con la fecundación *in vitro* se pierden estas características, pues intervienen en ellas terceras personas: médicos, biólogos, donantes de gametos, donantes de embriones, etc.

Deja de ser un acto que se desarrolla en la pareja, más aún cuando estas técnicas se aplican a mujeres solas y en el caso de maternidad subrogada. A su vez, la fecundación *in vitro* provoca - cuando intervienen donantes - la disociación del elemento genético y biológico, ya que a través de esta técnica se logra un nuevo ser humano que presenta un patrimonio genético - correspondiente a sus progenitores - que no es el de sus padres formales.

Existe el riesgo, en la utilización de estas técnicas en mujeres solas, de separar en forma tajante el aspecto procreativo y unitivo en los matrimonios. Cuando una pareja que lleva una vida sexual funcional recurre a estas técnicas, está subsanando una carencia funcional que le impide lograr la procreación mediante el medio natural, pero sólo en el caso de que se coadyuve al acto conyugal conforme a su natural dinámica y conforme se señala en la Instrucción *Donum Vitae*. Por lo tanto, no está excluyendo premeditadamente ese acto de amor que debe ser la procreación. Distinto es el caso de una mujer sola que recurre a estas técnicas para evitar el contacto sexual con un hombre. Aquí se está desvirtuando algo inherente a la permanencia o preservación del ser humano, que es el ejercicio de la sexualidad heterosexual.

MONTES PENADES ha señalado que si esta técnica constituye un método terapéutico, el problema se restringe: la infertilidad no tiene pleno sentido en la mujer

soltera ni, en pluralidad de conceptos, en la pareja estable. La mujer sola o pareja de facto no se presenta - *hic et nunc* - ante el Derecho con ningún tipo de derecho subjetivo, al menos de valor absoluto a tener hijos. En cambio, la pareja conyugal plantea un problema de relación sexual unitivo y procreativo: en buena medida, desde el punto de vista del Derecho civil, sobre todo, desde el del Derecho Canónico, la procreación se ha presentado como un fin primario del matrimonio, y éste como un factor de certeza o certidumbre de la filiación.⁴² Siendo el hijo, fruto de la unión conyugal.

PACHECO ESCOBEDO afirma que la procreación de la prole se impone de tal manera como un fin superior a los propio cónyuges, que legitima la relación sexual, que es perfectamente natural cuando se ejercita dentro de la situación *única, estable y permanente* del matrimonio. Por tanto las relaciones conyugales en orden a la consecución de los fines del matrimonio son justas, porque están tendiendo a un fin justo, y en cambio no son justas cuando se dan en el ambiente del amancebamiento o la prostitución, puesto que aquí la prole, si llegara a nacer, sería víctima de una grave injusticia, al negarle el derecho elemental a vivir en un hogar estable y a ser educado convenientemente por sus progenitores.⁴³

Si la fecundación *in vitro* se presenta sólo como un remedio de la infertilidad, se acota el campo de utilización: la fertilización tiene relevancia para el Derecho en el seno del matrimonio.

⁴² MONTES PENADES, V., "La genética actual y el Derecho de Familia", en *Rev. Tupia* Nº 39 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, abril, 1988, p. 34

⁴³ PACHECO ESCOBEDO, A: "La persona en el Derecho Civil mexicano", Editorial Panorama, Mexico, 1991, p. 100.

Si, por el contrario, se presenta como un "medio alternativo de reproducción", el tema se amplía y se agrava sensiblemente. Entran en juego otras consideraciones que plantean problemas éticos y jurídicos, puesto que afectan a los fundamentos del orden civil de convivencia.

La mayoría de los informes que se han elaborado al respecto, han señalado que estas técnicas deben estar a disposición de las parejas estériles.

Tanto el Informe **Warnock** como el **Benda** han recomendado que sea requisito para tener acceso a estas técnicas el padecer infertilidad y formar pareja heterosexual, sea ésta conyugal o estable. Coherente con esta disposición, rechazan la utilización de la fecundación *in vitro* por parte de la mujer sola y la maternidad subrogada.⁴⁴

Por su parte, el Informe del Comité de Expertos en el progreso de las Ciencias Biomédicas (Committee of Experts on progress in Biomedicas Sciences) - CAHBI - del Consejo de Europa⁴⁵ ha propuesto a los gobiernos europeos restringir el uso de las técnicas de procreación artificial a las parejas heterosexuales que padecen esterilidad.

Señala en el Principio 1, regla 3º, que:

⁴⁴ DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL REINO UNIDO, "Informe del Comité de Investigación de la fertilización humana y embriología" (Report of the Committee of Inquiry into human fertilization and embryology), Comité presidido por Mary Warnock, de ahí que se conozca con el nombre de "Informe Warnock", Imprenta de Su Majestad la Reina, Londres, julio de 1984. Recomendaciones 4, 6, 7, 57, 58 y 59.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE ALEMANIA, "Informe de Grupo de Trabajo sobre fertilización *in vitro*, análisis del genoma y terapia genética" (Working Group on *in vitro* fertilization genom analysis and gene therapic), grupo presidido por el Dr. Prof. Ernst Benda, de ahí que se conozca con el nombre de "Informe Benda", mimeografiado, Bonn, 1985, p. 26.

⁴⁵ CONSEJO DE EUROPA, Informe del Grupo de Trabajo del Comité ad hoc de expertos para el progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) del Consejo de Europa, Estrasburgo, 3-6 de febrero de 1987 Principio 1

“las técnicas de procreación artificial humana pueden ser empleadas en favor de la pareja heterosexual cuando las condiciones existentes puedan asegurar el bienestar del niño” y especialmente en estos tres casos:

1º Cuando los otros medios de tratamientos de infertilidad no han tenido éxito o no resultan apropiados para el caso concreto;

2º Cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria, y

3º Cuando exista el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad que comportase su muerte precoz o una incapacidad grave.

Por tanto, rechaza la maternidad subrogada y la utilización de estas técnicas en la mujer sola.

En España, el Informe de la “Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas” del Congreso de los Diputados puntualizó que desde una perspectiva médica esta clasificación entre métodos terapéuticos y alternativos de reproducción no tiene cabida. Asimismo, señala que si bien estas técnicas de fecundación asistida no curan la esterilidad, si restituyen el objetivo humano que la esterilidad niega: la procreación y continuidad de la especie además de restablecer el equilibrio psicofísico frecuentemente alterado por quienes padecen.⁴⁶

⁴⁶ CORTES GENERALES, “Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* e inseminación artificial humanas”, Comisión presidida por el Dr. Marcelo Palacios, de ahí que se conozca dicho informe como “Informe Palacios”, aprobado por el Pleno Congreso de los Diputados en su Sesión de 10 de abril de 1986, Madrid, pp. 67 y 75.

Por tanto, el objetivo más importante - pero no único - es el terapéutico. Otros objetivos dignos de tener en cuenta son la investigación básica de carácter positivo y la investigación aplicada de carácter diagnóstico.

Esta línea de pensamiento la encontramos reflejada en las recomendaciones 17, 18, 19, 32, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 85, 86, 119, 120, 121 del Informe Palacios.

Pese a haberse señalado, claramente, en la recomendación 17, que el ámbito de aplicación de estas técnicas es la pareja humana, en las recomendaciones 118 y 120 se autoriza a la mujer sola, sea ésta estéril o no, a recurrir a la fecundación asistida. Se establece la diferencia de que la primera podrá hacerlo con cargo a la sanidad pública, mientras la no estéril tendrá que asumir los gastos pertinentes.

De la lectura de las recomendaciones 17, 18, 118 y 120 se desprende una incoherencia porque, si en las primeras se estableció claramente a la pareja humana como destinataria de las técnicas, no se puede, después, ampliar a la mujer sola. O lo uno o lo otro; o eliminamos a la pareja humana o la restringimos a ella.

Comentando el Informe Palacios se ha señalado que estas técnicas sólo deben tener como objetivo el remedio a las consecuencias de la esterilidad y no pueden constituir un sistema de procreación alternativo al normal.⁴⁷

Se señala que con estas recomendaciones se ha distorsionado la finalidad para la que fueron concebidas dichas técnicas de fecundación, pasando a constituir un medio alternativo de reproducción, no sólo para parejas - casadas o no -, sino, y es el aspecto

⁴⁷ MONTE S PENADES, V., "La genética actual y el Derecho de Familia", ya cit. p. 36, e Informe presentado a la Comisión especial del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pp 2 y 3

más grave, para incluso aquellos que, en una relación natural normal, rechazan la unión heterosexual.⁴⁸

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados se basó en las recomendaciones del Informe Palacios. Por tanto, señala que la finalidad fundamental de las técnicas de fecundación asistida era la terapéutica (art. 1.2 de la Proposición de Ley). Aceptando, al mismo tiempo, como objetivo de ellas la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario (art. 1.3).

La Ley Española de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, acepta la fecundación *in vitro* como un método alternativo de reproducción basado en el derecho a procrear que tiene toda mujer (arts. 1º y 6º de la citada Ley).

En nuestra opinión, consideramos infructuosa la distinción entre de la FIV como procedimiento terapéutico o como medio alternativo de reproducción para "legitimar" a las usuarias de dicha técnica. Sea un matrimonio, una pareja estable, una mujer sola o viuda; ninguno queda legitimado para hacer uso de esta técnica que *per se*, es contraria a todo sentido de respeto a la vida y a la dignidad humana.

Esta técnica no respeta la unidad del matrimonio y el derecho del *nasciturus* a ser procreado dentro del matrimonio, de modo que no quede violentada la relación filial con su padres legítimos (caso de la fecundación heteróloga, de las "madres de alquiler", etc.).

Desde el punto de vista moral, sólo es verdaderamente responsable, para con quien ha de nacer, la procreación que es fruto del matrimonio. Todo ser humano debe ser acogido siempre como un don y una bendición de Dios. Lo que deja sin fundamento el

pretendido "derecho al hijo" que algunas personas (mujeres no casadas, solteras o viudas) pretenden hacer valer, por creer que un hijo es un objeto, y no lo que realmente es, un don divino. La procreación de una nueva persona ha de ser fruto y signo de la mutua donación personal de los esposos, en la unidad del matrimonio; la fidelidad de los esposos, en la unidad del matrimonio, comporta el recíproco respeto de su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro.

A su vez, el hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: sólo a través de la referencia conocida y segura a sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana.

⁴⁸ ZARRALUQUI, I., "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", en *Rev. General de Derecho* N^o 501, Valencia, junio, 1986, p. 2452.

2. DERECHO A LA PROCREACIÓN.

Hay sectores en la doctrina que entienden que la mujer tiene un derecho fundamental a procrear. Este es un tema controvertido, en el que existen varias posiciones. Nosotros consideramos que es un derecho en cuanto acto tendiente a lograr la obtención de un hijo, pero no en cuanto a la consecución efectiva del hijo.

Un sector de la doctrina sostiene que el derecho a procrear es un derecho derivado de varios derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad física a la libertad.

Este derecho encuentra su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en función del derecho al desarrollo de la personalidad, por lo que el interés por tener hijos se encontraría tutelado por el ordenamiento jurídico. Este derecho a procrear no está ligado con la familia, sino con la persona.

Esta determinación es importante porque, si se deriva el derecho a procrear del derecho a la libertad personal, toda mujer podría ser usuaria de las técnicas de reproducción, sea esta no casada, soltera o viuda; e incluso dar su consentimiento para ser fecundada con el esperma de un donador que no sea su esposo, aún en contra de la voluntad de éste.

En los Estados Unidos de Norteamérica se reconoce el derecho de procrear como un derecho fundamental. La Corte Suprema de ese país ha indicado que "si el derecho a la intimidad quiere decir algo, significa el derecho del individuo a tomar decisiones sobre

sustentar o engendrar una criatura"⁴⁹. Años más tarde, la Corte Suprema señaló que la libertad de elección personal en asuntos de matrimonio y vida familiar es una de las libertades protegidas por la Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos. Señaló que estos derechos, eran muchísimo más preciados que el derecho de propiedad.⁵⁰

Resumiendo, en este país existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada. Habría que preguntarse, entonces, si dentro de este derecho constitucional que protege el derecho a la procreación está comprendida la procreación por medio de las técnicas de reproducción asistida. La mayoría de la doctrina americana entiende que este derecho a la procreación comprende tanto los medios naturales como los alternativos de reproducción. Así ROBERTSON manifiesta estar de acuerdo en incluir dentro del derecho del matrimonio a procrear, el de hacerlo por los medios necesarios para obtener la procreación sea a través de donantes o de maternidad subrogada.⁵¹ En nuestra opinión, sería lo contrario. Así por ejemplo, quien se une en matrimonio con el fin de tener hijos efectivamente ("a fuerza"), el matrimonio se convierte en nulo por Derecho Natural.

En el plano europeo, este derecho se discute. Es así como el CAHBI del Consejo de Europa realizó una consulta a la Comisión Europea de Derechos del Hombre, respecto a si existía un derecho a procrear. La Comisión entendió el reconocimiento del derecho a la vida del artículo 2.1 de la Convención Europea de Derechos del Hombre debe ser

⁴⁹ ROBERTSON, J.A., "Procreative liberty, embryo and collaborative reproduction", ponencia presentada al Coloquium de Derecho Comparado en Cambridge, Reino Unido, 15-17 septiembre de 1987, p. 1

⁵⁰ SKINNER versus OKLAHOMA 316 U.S., 1942.

interpretado en sentido pasivo: como una protección contra cualquier atentado contra la vida humana y no como un derecho activo a crear vida. Asimismo, advertía que un derecho absoluto de toda persona a procrear no puede ser deducido de los artículos 8 y 12 de la Convención.

En Italia, la doctrina tradicional entiende que con el matrimonio la libertad sexual se transforma en el llamado *ius in corpus* y que en este derecho se halla comprendido el derecho a la procreación, precisando que el objeto del consentimiento matrimonial no es directamente el derecho a la prole, sino el derecho a los actos que, por su naturaleza, están ordenados a este fin.⁵¹

En las Proposiciones de Ley sobre fecundación asistida presentadas en el Parlamento italiano existen dos posiciones distintas. De una parte, se presenta a estas técnicas como remedio a la esterilidad y entonces es usuaria de la fecundación *in vitro* la mujer que forma pareja - sea ésta matrimonial o de hecho - o se acepta también a la mujer sola en razón de su derecho a procrear.

Se señala que debe aclararse si el pretendido derecho a la procreación deriva del derecho a la libertad o es un derecho social, y por tanto, debe determinarse si es suficiente por parte del Estado un comportamiento de no injerencia en las decisiones de los particulares o si debe existir un comportamiento positivo. Si se acoge la primera alternativa debería concluirse que el recurso a las estructuras públicas para estas técnicas

⁵¹ ROBERTSON, J.A., "Procreative liberty, embryo and collaborative reproduction". Op.cit., p.2.

⁵² SANTOSUOSSO, F., "La fecondazione artificiale umana", Dott. A. Giuffrè, Milán, 1984, pp. 21 y sigs.

es sólo posible cuando tenga un carácter terapéutico, no cuando constituya expresión de la libertad de satisfacer un deseo de tener hijos.⁵³

Desde otro punto de vista, en las Declaraciones de los Derechos Humanos no se encuentra una formulación explícita sobre el derecho a la procreación:

■ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 16.1 establece:

“Los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

■ En el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, se señala en su artículo 23, apartado 2º:

“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”.

■ En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 en su artículo 10, se habla de los derechos de la familia sin aludir expresamente a la procreación.

De la lectura de estos tres artículos podemos concluir que en estas declaraciones no existe una referencia específica al derecho a procrear. Se establece el derecho a fundar una familia en el que se comprende implícitamente, pero no de forma obligatoria o imprescindible la función de procrear.

En cuanto al significado de la procreación humana, hay que resaltar que se trata de un hecho que está condicionado a procesos de la naturaleza humana y no sometido del todo a la libertad humana. Por más que el ser humano sea libre para tener relaciones sexuales, muchas veces por problemas físicos, psíquicos o de incompatibilidad no podrá engendrar un hijo. Por tanto, la sexualidad debe ser entendida como una expresión de la personalidad humana y, por esto, de la libertad de la persona, desligada de la función procreativa aunque ésta sea su efecto más importante.

En la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear); lo que sí cabe dentro de la categoría de derecho humano es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa (derecho a fundar una familia). El derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto, que pueda exigir su cumplimiento al margen de cualquier consideración social, o sin tomar en consideración el bien de otros, o de la sociedad; entre estos bienes merece especial consideración la protección del niño que va a nacer, así como de la familia.⁵³

Desde otra perspectiva, hay juristas que consideran que existe un derecho a la procreación, pero que su ejercicio tiene un carácter mancomunado, pues por sus propias características es un derecho que en su vertiente positiva es la traducción parcial de procrear con alguien. Ocurre igual que con los derechos de asociación, sindicalización o de matrimonio. El derecho existe en cada uno, pero su ejercicio está condicionado a que

⁵³ FERRANDO, G., "Procreazione artificiale: verso la regolamentazione per legge", en *Politica del Diritto* N° 3, año XVII, Italia, septiembre de 1986, p. 556

⁵⁴ HORTAL ALONSO, A., "Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* humanas" presentada a la Comisión especial de estudio de estas cuestiones en el Congreso de los Diputados, p. 6.

exista otra voluntad afín, que aporte el otro elemento necesario para que se produzca el hecho: el otro gameto.⁵⁵

La comisión que elaboró el Informe sobre el "Estudio especial de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas" también debatió acerca de si existe un derecho a la procreación y señaló que el ejercicio de este presunto derecho traía consigo la dificultad de conciliar supuestos derechos, el de la pareja o la mujer a tener descendencia y el de los hijos a venir al mundo con las mayores garantías posibles como parte más débil que ha de ser especialmente protegida. Sin embargo, la Comisión consideró que debía aceptarse como usuaria de estas técnicas a la mujer sola, fuera ésta estéril o no (Recom. 118, 119., 120) en base a los artículos 9, 10, 14, 18, y 39.1 de la CE. El Informe señaló que la Constitución española dispone que la mujer sola o soltera puede ser madre, y si puede serlo por un derecho constitucional por vía y modos naturales, también podría serlo por un procedimiento no natural; línea de pensamiento que coincide con lo establecido por la Convención Europea de Derechos Humanos que contempla el derecho de la mujer a tener hijos, aunque éstos no tengan padre legal.⁵⁶

Comentando el Informe, ROCA TRIAS se declara partidaria de limitar el uso de las Técnicas a los casos de indicación médica, por existencia de esterilidad irreversible o posibilidad de transmisión de enfermedades hereditarias. Esta solución se apoya en el derecho a la salud reconocido en el artículo 43.1 de la CE y no en un derecho a la

⁵⁵ ZARRALUQUI, L., *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p.72

⁵⁶ CORTES GENERALES, "Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, op. cit., pp 68 y 126.

procreación no expresamente reconocido y que parece dudoso de incluir dentro de un catálogo de derechos fundamentales.⁵⁷

En la Exposición de Motivos, capítulo III de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se señala que: “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia, en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”.

De lo transcrito, podemos concluir que la Ley privilegia la voluntad de procrear de la mujer frente a cualquier otro derecho que entre en colisión. Es decir, se opta por el derecho de la mujer a la procreación frente al del hijo a nacer en las mejores condiciones posibles; en el seno de una familia en la que exista un padre y una madre, por ejemplo, sin considerar que deben privilegiarse los derechos del niño frente a cualquier otro derecho por ser la parte que necesita más protección.

Al tratar de conciliar el derecho de la mujer a procrear y el del hijo a venir al mundo con las mayores garantías, hay que tener presente que el hijo es un valor en sí mismo. Y no un bien útil que está al servicio de los deseos o intereses de la madre. La maternidad debe estar en función del hijo y no al contrario.

⁵⁷ ROCA TRIAS, E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en vol. *la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 34.

Concluyendo, somos partidarios de que sí existe un derecho de procreación por parte de la mujer, pero no en sentido absoluto, sino en sentido relativo. Es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el esperma de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el esperma 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. Casos todos éstos de fecundación *in vitro* heteróloga. El recurso a los gametos de una tercera persona constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad. También lesiona los derechos del hijo, pues lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal.

Aún el caso de la fecundación *in vitro* homóloga es inaceptable. En virtud de la naturaleza del matrimonio y del íntimo nexo entre sus bienes, la Iglesia enseña “la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y procreador”.⁵⁸ La fecundación artificial homóloga al intentar una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, realiza objetivamente una separación análoga entre los bienes y los significados del matrimonio. “La importancia moral de la unión existente entre los significados el acto conyugal y entre los bienes del matrimonio, la unidad del ser humano y la dignidad de su origen, exigen que la procreación de una persona haya de ser querida como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los

⁵⁸ PABLO IV, *Enc. Humanae vitae*, n.12.

esposos⁵⁹. Lo contrario sería confiar el origen de la vida a la manipulación de terceras personas: sería instaurar “un dominio sobre el origen y sobre el destino de la persona humana”.⁶⁰

Por tanto, cuando el documento *Enc. Humanae Vitae* afirma la inseparable conexión entre los dos significados del acto conyugal (unitivo y procreativo), excluye al mismo tiempo la justificación de toda fecundación artificial, por mucho que los esposos tengan unidad de intenciones o deseo profundo de tener un hijo. Este deseo - laudable - de prole no puede lesionar otros intereses más altos. La familia y el matrimonio siguen constituyendo el ámbito del nacimiento y de la educación de los hijos.

Así como no existe un derecho a la procreación de la mujer como derecho individual; tampoco el matrimonio confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino sólo el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como objeto de propiedad: es más bien un don. Ninguna ley prohíbe tener un hijo, pero tener un hijo a cualquier precio no es amor hacia ese niño en tanto que se le considera como un objeto de posesión personal.

Por todo lo anterior, consideramos que los esposos que no pueden tener hijos tienen a su alcance otras posibilidades, que constituyen importantes servicios en favor de tantas personas necesitadas, como, por ejemplo, la adopción, labores educativas, ayuda a las familias, a los niños pobres o minusválidos. Por su parte, los científicos deben enfocar sus trabajos de investigación con el objeto de prevenir y remediar las causas de esterilidad, salvaguardando siempre la dignidad de la procreación humana.

⁵⁹ idem.

3. USUARIAS DE LAS TÉCNICAS.

Una vez analizado los supuestos de si la fecundación *in vitro* constituye un método terapéutico o alternativo de fecundación y si el derecho a procrear es un derecho fundamental de la mujer, tenemos que determinar qué sujetos deben tener acceso a esta técnica: las casadas, las que forman pareja estable o solas.

Los partidarios de que la fecundación *in vitro* sólo se lleve a cabo en mujeres casadas, basan su argumentación en que:

- Sólo se concibe esta técnica en las parejas casadas ya que el deseo de maternidad/paternidad no tiene coherencia y sentido pleno si no se realiza y se vive en el horizonte humanista de la pareja humana. Además, consideran que el hijo no es un bien útil que esté al servicio de los deseos o intereses del progenitor; por el contrario, es un valor en sí mismo y la paternidad/maternidad está en función del hijo.⁶¹

- Si el interés primordial que preside esta técnica es el del hijo, éste debe acceder a una situación estable que no lo exponga a situaciones de incertidumbre. Esta estabilidad encuentra en la relación institucionalizada que es el matrimonio.⁶²

A este argumento le contraponen el de que para el derecho natural, la entrega del cuerpo entre personas de sexo diferente, en vista a fundar una familia, requiere estabilidad e indisolubilidad. Si los integrantes de una pareja estable tienen como

⁶⁰ Idem

⁶¹ VIDAL GARCÍA, M., *Bioética. Estudios de Bioética Racional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 122.

⁶² ZANONI, E., "La genética actual y el Derecho de Familia", en *Rev. Tapia* N° 37 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, diciembre, 1989, p. 51 Y LLEDO YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, op. cit., p. 94.

intención cumplir firmemente las condiciones conforme a la naturaleza de las cosas, dice SERIAUX ¿no podrían pretender al igual que las personas casadas acceder a los beneficios de la procreación artificial?⁶³

- Si bien el matrimonio no garantiza totalmente la calidad del ambiente a que el hijo tiene derecho, no existe otro tipo de relación que se pueda reconocer como capaz de reemplazar convenientemente al ambiente que un buen matrimonio proporciona al niño.⁶⁴

- Para poder beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida deben cumplirse condiciones mínimas jurídicas, como la de estar casada la pareja. Al respecto, se señala que si bien es lógico que el Estado respete la libertad de tener hijos, cualquiera sea el estado civil de los padres, no ocurre lo mismo cuando los hijos sólo pueden venir al mundo con una colaboración oficial o cuasioficial (la del establecimiento sanitario autorizado).⁶⁵

- También se indica que actualmente ha desaparecido la dificultad que se oponía al matrimonio que era su indisolubilidad. Entonces ¿por qué no se casan los que quieren tener conjuntamente un hijo?, no parece un buen comienzo para la paternidad/maternidad el negarse al matrimonio. Si las dificultades funcionales u orgánicas impiden conseguir la concepción de un hijo y obligan a la pareja a recurrir a medios excepcionales, éstos sólo

⁶³ SERIAUX, A., "Derecho natural y procreación artificial: su jurisprudencia", *Recueil Dalloz*, Paris, 1985, p. 55

⁶⁴ RESPUESTA A LOS OBISPOS CATÓLICOS AL INFORME WARNOCK, Documentación Católica n° 82, Gran Bretaña, 1985, p.397.

⁶⁵ PEÑA Y BERNARDO DE QUIROS, M. (en colaboración), "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*", Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de los Registros y del Notariado, Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Suplemento N° 3, Madrid, 15 de enero de 1986, p. 12.

deben realizarse cuando el hijo futuro tenga tras de sí el respaldo de una familia. El matrimonio supone, aunque débil, mayor garantía.⁶⁶

Sin embargo, algunos afirman que la psicología y pedagogía consideran como necesaria la presencia de la pareja - no es requisito fundamental que estén casados, basta con que hagan vida común - en la formación de la personalidad y en el proceso de adquisición de identidad sexual del hijo que va a permitir tomar un modelo de complementación del sexo contrario.

Otro sector de la doctrina considera que si bien el matrimonio es la situación ideal o el *desideratum* para que nazca un niño, tampoco se puede negar que la dinámica experimentada por la sociedad ha producido cambios en las relaciones de la pareja, lo que ha provocado, a su vez, un cambio de mentalidad en las personas. Ya no existe, en la inmensa mayoría de la sociedad, la íntima convicción de que sólo el matrimonio es la única unión entre el hombre y la mujer que ética, social y jurídicamente debe ser reconocida y protegida.⁶⁷

Es así como se advierte que el número de parejas no casadas, en los países europeos, representa una realidad que no es ni marginal ni desdeñable y que tiende a una mayor extensión del fenómeno por tratarse de un proceso irreversible de las instituciones

⁶⁶ PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M. (en colaboración), "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*". Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de Registros del Notariado, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento N° 3, Madrid, 15 de enero de 1986, p. 12.

⁶⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, M., "Notas sobre la problemática de la pareja no casada". en *Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, p.219.

culturales.⁶⁸ Tenemos países como Suecia, donde de cada tres niños que nacen, uno es de madre que vive en cohabitación con un hombre.

Se señala que la idea de que sólo si había matrimonio había familia, ha sido sustituida por otra.

Según ésta, de una relación de convivencia el ordenamiento jurídico va a deducir una serie de consecuencias jurídicas, con independencia de que concurra la variante del matrimonio y siempre que concurra otra serie de variantes flexiblemente determinadas, como puede ser la unión estable.⁶⁹

Algunos autores consideran que la unión de hecho aunque no está prevista en el Derecho, produce consecuencias jurídicas. Por ello, no puede considerársele antijurídica pues no está prohibida por el Derecho, sino más bien ajurídica (sin estar sujeta a derecho)⁷⁰. Por tanto, la pareja estable vendría a encuadrarse dentro de la noción genérica "relaciones contractuales de hecho", pues se trata de un hecho o situación no prevista por el Derecho, pero que, sin embargo, viene a producir efectos jurídicos.⁷¹

La convivencia en la pareja estable, el elemento afectivo y amoroso aparece constante, pues la continuidad de la situación viene condicionada, exclusivamente, a la presencia y subsistencia de tal elemento. Por ello, algunos autores la consideran como una convivencia precaria, a diferencia de la matrimonial, que es mucho más estable, porque

⁶⁸ FAIZEA, A., "Informe General", p. 152 citado por CERDA G. J., en *La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia N° 1482, Madrid, año XLII de 15 de febrero de 1988, p. 601.

⁶⁹ SERRANO MORENO, J., "Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio", en *Actualidad Civil*, N° 29, Madrid, septiembre, 1987, p. 1771.

⁷⁰ O'CALLAHAN MUÑOZ, X; *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV. "Derecho de Familia", Edersa, Madrid, 1988, p. 48.

⁷¹ CERDA GIMENO, J., "La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho", op. cit., p. 607

resulta legalmente obligada y sólo puede legalmente dejar de serlo a través de un procedimiento judicial.⁷²

Pero, ¿qué entiende la doctrina por pareja estable o unión de hecho? Se la define como la unión entre un hombre y una mujer que, sin sujetarse a la celebración de matrimonio de ninguna forma, pretenden establecer una relación de convivencia precisamente *more uxorio*.⁷³ O sea, la considera como “la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos”.⁷⁴

Para nosotros es la vida comunitaria de dos personas fuera de todo régimen jurídico y religioso que legalice su unión. Ahora bien, debemos preguntarnos si éste es el marco adecuado para que nazca un niño. Es decir, si la pareja se encuentra capacitada para hacerse cargo de la educación del niño, entendida ésta como procedimiento de incorporación a la sociedad y si, desde un punto de vista jurídico, esto es posible.

GARCÍA RUBIO considera que en el ordenamiento jurídico español existen razones suficientemente relevantes para permitir la fecundación artificial a las parejas casadas. Basa su afirmación señalando que la Constitución española disocia muy claramente la referencia al matrimonio (art 32) y que la Constitución declara que los poderes públicos aseguran la protección económica, social y jurídica de la familia sin

⁷² GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Notas sobre la problemática de la pareja no casada”, op. cit., p. 211.

⁷³ ESPIN CANOVAS, D., “Familia no matrimonial”, en *Rev. Tapia* Nº 39 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, abril, 1988, p. 7.

⁷⁴ ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, p.76.

28

distinguir que sea o no matrimonial. Por tanto, no sería arriesgado afirmar que si los poderes públicos optan por facilitar el acceso a las técnicas de fecundación artificial a las parejas casadas, están también obligadas a hacer lo propio con los individuos que decidan agruparse en una organización que merezca la consideración de familia, lo que, en el estado de evolución de nuestra sociedad, incluye, como mínimo, no sólo a la que se funda en el vínculo matrimonial, sino también a la que nace de la pareja heterosexual estable.⁷⁵

Disienten otros de esta opinión señalando que este razonamiento tiene el peligro de que fuera reversible y que el día de mañana se tuviera que hacer lo propio con la pareja homosexual (solo imaginable, a su vez, concurriendo la posibilidad de una maternidad subrogada). Es decir, que en esas uniones deba conceptuarse su organización como grupo de familia debido a su cohesión y estabilidad interna y, por ende, admitirse el recurso de las mismas a las técnicas de fecundación asistida.⁷⁶

De otra parte, una de las críticas que se hacen a que la mujer que forma pareja estable sea usuaria de estas técnicas, es que este tipo de unión no ofrece estabilidad. Se dice que esta unión está permanentemente amenazada por la voluntad incontrolada de romper la convivencia por uno y otro. Sin embargo, el matrimonio es, cada vez menos, garantía de perdurabilidad. La durabilidad, al menos institucional, en el entorno de un Ordenamiento que admite el divorcio no es inherente a la pareja matrimonial.⁷⁷

⁷⁵ GARCÍA RUBIO, M.P., "La experiencia italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil español", en *Rev. Tupia* N° 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, octubre, 1987, p. 63.

⁷⁶ LLEDO YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, op. cit., p. 99

⁷⁷ MORO ALMARAZ, M.J., "Procreación, paternidad y fecundación artificial", en *Actualidad Civil* N° 23, Madrid, semana 6-12 de junio, 1988, p. 1436.

Desde otro punto de vista, uno de los problemas que presenta la pareja estable es la forma de probar su condición, situación distinta a la de la pareja matrimonial donde la prueba es sencilla y segura.

Cuando hablamos de probar la estabilidad de la pareja, no hay que olvidar que las parejas que recurren a la fecundación *in vitro*, han intentado previamente, durante un tiempo más o menos largo, ser padres por el medio natural. Después de estos intentos frustrados han recurrido a la ayuda médica, lo que conlleva a someterse a varias pruebas y exámenes médicos, ¿no es esto una muestra de querer asumir una paternidad/maternidad en forma consciente y que nos está dando un indicio de estabilidad? Hay que señalar que casi todos los médicos que asistieron a la Comisión especial sobre esta materia del Congreso de Diputados de España se manifestaron partidarios de que estas técnicas se aplicaran a mujeres que formaran pareja, fuera ésta matrimonial o no.

Se considera que para evitar problemas respecto de la valoración de la estabilidad de la pareja se debe solicitar un previo consentimiento del consorte de la pareja. Con este consentimiento pasaría a segundo plano el problema de la estabilidad, ya que la experiencia y práctica forenses hacen dudar de las "estabilidades", incluso en el caso del matrimonio.⁷⁸

Así lo entendió la Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, al establecer en su artículo 8.2 que el consentimiento otorgado por el varón de la pareja para que a su compañera se le realice una FIVTE será

⁷⁸ MONTES PENADES, V., "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, Madrid, 1988, pp. 183 y 192

80

considerado como escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil. Señala el artículo 8.2: "Se considera escrito indubitado a los efectos prescritos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleja el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de esta técnica. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad".

Otras de las objeciones que se hace a este tipo de unión es que el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre en relación institucional y permanente.⁷⁹ Los que disienten de esta opinión consideran que el hijo tiene atribuidas todas las facultades precisas para llegar a tener un padre o madre legales que le cuiden, tanto por la Constitución como por el Código Civil, sin que ello presuponga el matrimonio de sus progenitores. No se puede afirmar que el hijo tiene derecho al matrimonio de los padres.

Por lo anteriormente expuesto, existe una posición reiterada en cuanto a permitirse la utilización de estas técnicas a las parejas estables, pero debe asegurarse la determinación de la filiación del recién nacido que nace producto de éstas técnicas y el convencimiento de los integrantes de la pareja de querer ejercer la paternidad y maternidad en el hijo que nace producto de una FIVTE.

La tendencia actual es la asimilación de la pareja estable al matrimonio a la hora de autorizar la procreación asistida. Así se puede constatar en el Informe Warnock, Informe Benda, Informe sueco sobre fecundación *in vitro*, Informe Waller de Australia,

Proposiciones de Ley N^os 852, 2231 y 2603 presentadas en el Parlamento Italiano.⁸⁰ Por su parte, los CECOS franceses (Centro de Estudios y de Conservación de Esperma) consideran que la donación de esperma se entiende únicamente de pareja a pareja, sea ésta matrimonial o estable.⁸¹

En España el Informe Palacios señaló que 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 más amplio posible, es decir, en la pareja heterosexual estable.⁸²

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados -que tuvo como base el Informe de la Comisión- en su artículo 2.1., letra b, establecía que estas técnicas debían realizarse en mujeres mayores de edad; sin especificar absolutamente nada en cuanto a su vinculación de pareja, y en el artículo 7.1. se señalaba qué debía entenderse por pareja estable.

⁷⁹ LLEDO YAGÜE, F., "La regulación jurídica de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*", ponencia presentada al I Congreso Nacional de Bioética, Valladolid, mayo 1986, p.6

⁸⁰ Informe sobre "niños concebidos por fecundación *in vitro* y madres portadoras", Comité de Estudio de la fecundación *in vitro*, SOU, Estocolmo, 1985: 5.

Informe sobre "la disposición de embriones producidos por fecundación *in vitro*", Comité establecido para considerar los aspectos sociales, éticos y legales de la fecundación *in vitro*, dirigido por el Dr. Waller, conocido también con el nombre de "Informe Waller" Government Printer, Victoria (Australia), 1984.

Proposición de Ley N^o 852 presentada por el diputado comunista Lanfranchi el 16 de noviembre de 1983.

Proposición de Ley N^o 2603 presentada por el Grupo Liberal el 28 de febrero de 1985.

Proposición de Ley N^o 2231 presentada por el Grupo Mixto el 6 de noviembre de 1984.

⁸¹ RUBELLIN-DEVICHI, J., "Las procreaciones asistidas: algunas de sus cuestiones", en Rev Trimestral de Derecho Civil, París, julio-septiembre 1987, pp. 462 y 464.

⁸² CORTES GENERALES, "Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV e inseminación artificial humanas", Congreso de los Diputados, op cit , p.35

En la tramitación de la Proposición en el Senado, ésta fue modificada y la Ley aprobada sobre Técnicas de Fecundación Asistida estableció en su artículo 6.1. que "toda mujer podría ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar".

El requisito de que la mujer tenga al menos dieciocho años es discutible. Se debió establecer una similitud con la edad requerida para adoptar, que es veinticinco años. De lo contrario, se estaría privilegiando la fecundación asistida frente al vínculo adoptivo.

Desde otro punto de vista, el adjetivo "toda" pone de manifiesto que el legislador ha optado por no restringir a las mujeres casadas o a las que conviven *more uxorio* el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Esta Ley permite que la mujer sola -sea estéril o no- pueda recurrir a la FIVTE.

Pero, ¿qué entiende la doctrina por mujer sola?. El concepto de mujer sola no es un concepto jurídico, sino literario y psicosocial. Se entiende por mujer sola, aquella que no tiene pareja estable de sexo masculino o que no convive manteniendo relación sexual con nadie.

La aplicación de la fecundación *in vitro* en la mujer sola y en las parejas no convencionales (homosexuales) es un tema cuyo tratamiento, en los Informes y Proposiciones de Ley presentados en otros países europeos, presenta uniformidad en el sentido de existir un rechazo casi generalizado a autorizarla. Hay unanimidad para no aceptarla en las parejas no convencionales y salvo la proposición de ley presentada por el

Grupo Mixto italiano, tanto el Informe sueco sobre fecundación *in vitro*, el Informe Warnock, Informe Benda, las Proposiciones de Ley italianas de 16 de noviembre de 1983 y de 25 de febrero de 1985, las recomendaciones de los Informes del CAHGE y del CAHBI del Consejo de Europa rechazan como destinataria de las técnicas de fecundación asistida a la mujer sola.

La razón básica de esta negativa es que el derecho a procrear no puede ser considerado como un derecho absoluto, ni un hijo puede tener nunca la posición de objeto de un derecho subjetivo.⁸³ En otras palabras, frente a la colisión de derechos entre el derecho de la mujer a ser madre y el derecho del hijo a nacer dentro de una familia, se privilegia el derecho del hijo.

Los que defienden a la mujer sola como posible receptora de la fecundación *in vitro*, lo hacen en virtud de un pretendido derecho al hijo, basado en el derecho a la procreación. Se apoyan, algunos, en lo señalado por la Convención Europea de Derechos Humanos que informa del derecho de las mujeres solas, de las parejas homosexuales, a la maternidad, así como del de la pareja homosexual a la paternidad.⁸⁴

Hay que señalar que este pronunciamiento ha sido referido a situaciones de paternidad y maternidad ya establecidas por la vía natural (de relación sexual heterosexual) y de adopción. No para el caso específica de la fecundación *in vitro*.

⁸³ DE LEÓN ARCE, A., "La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana", en vol *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, Madrid 1988, p. 411

⁸⁴ CORTES GENERALES, "Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV e I.A. humanas", Congreso de los Diputados, op cit., p 34

Antes de analizar los argumentos favorables a la aplicación de la fecundación *in vitro* en la mujer sola, hay que señalar que la mujer que recurre a esta técnica es estéril, pues, de lo contrario, se sometería a la inseminación artificial, procedimiento más simple que la fecundación *in vitro*. Para saber si una mujer es estéril (salvo en el caso de ausencia de útero o de operaciones) ésta debe haber intentado tener un embarazo al menos durante un año y, por tanto, haber tenido relaciones normales heterosexuales. Esta situación es diferente a la de la mujer soltera, que desea quedar embarazada pero no por medio del proceso de reproducción normal.

Entre los argumentos favorables que exponen algunos autores, que justifican que la mujer sola sea receptora de la fecundación *in vitro*, se encuentran los que consideran:

■ Que la esterilidad impide la procreación natural, lo que puede dificultar la formación y estabilidad de la pareja. En efecto, esto puede ser un factor negativo en la búsqueda de un compañero (dificultad de incentivación) y no se debe privar a la mujer de la posibilidad de procrear.⁸⁵

Si bien es cierto que el impacto emocional de la esterilidad es difícil de apreciar, no hay que olvidar que las tensiones y dificultades que representa la fecundación *in vitro*, la hacen mucho más llevadera en pareja que sola, ya que esta técnica conlleva una fuerte presión psicológica debido a la espera para que se aplique la fecundación *in vitro* y a los bajos índices de éxito.⁸⁶

⁸⁵ MERINO GUTIÉRREZ, A. "Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p.426.

⁸⁶ PETERSEN, P., "Homologous *in vitro* fertilization", en Informe del Grupo de Trabajo sobre fertilización *in vitro*, análisis del genoma y terapia genética (Informe Benda). op. cit. p.6.

■ Que al igual que la mujer sola puede concebir por medio de una relación sexual no permanente ni estable, no se ve cómo se puede impedir - o por qué - que esto mismo se logre a través de la fecundación *in vitro*.

Disentimos de este razonamiento diciendo que si bien el Derecho no impide, por una prohibición inicial, el tener hijos libremente, pues, las mujeres pueden procrear hijos sin padre, por relaciones fugaces, esto no justifica que el Derecho deba reconocer a las instituciones médicas el deber de participar en la procreación de estos hijos.

■ Que existe una similitud o asimilación con la adopción, donde la mujer sola puede adoptar. Se plantea que si a una persona le es permitido adoptar, ¿por qué otra en similar situación de soledad no puede tener un hijo a través de esta técnica?⁸⁷

La diferencia fundamental radica en que aquí se programa para un niño la situación que en otros casos sólo se produce como remedio a una situación previa.

La adopción es una institución jurídica establecida en beneficio del menor y la fecundación *in vitro* es en beneficio de los padres. Además, en la adopción se intenta suplir las deficiencias de una filiación defectuosa reaccionando el Derecho ante una situación ya producida.

Uno de los argumentos con que se rechaza la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la mujer sola es porque se entiende que no va a llegar a constituir una familia en sentido pleno y que no hay necesidad de crear huérfanos de padre. Se trata de una situación distinta de los huérfanos que ya existen, a quienes se les resuelve el problema al ser acogidos por una familia en adopción. Aquí, con estas técnicas, se están

creando huérfanos. Y no sólo está el problema de ser hijo de padre desconocido, sino que, además, se le va a privar de una serie de consecuencias jurídicas, que en principio pudieran haberle sido favorables, tanto en orden a la determinación de su filiación, como a los derechos correspondientes a la patria potestad, lazos familiares, etc.⁸⁸

El Informe Palacios señaló que la aceptación de la mujer sola como receptora de estas técnicas se basaba en los artículos 9, 10, 14, 18, 39.1 y, muy especialmente, en el 39.3 de la CE [...] señala que "nuestro criterio, abundando para ello en el punto 3 del citado artículo 39 por el que (los padres deberán prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio), se inclina porque la Constitución dispone que la mujer sola o soltera pueda ser madre, y si puede serlo por un derecho constitucional por la vía y modos naturales, también podría serlo por un procedimiento no natural; línea de pensamiento que coincide con lo establecido por la Convención Europea de los Derechos Humanos que contempla el derecho de la mujer a tener hijos, aunque no tenga padre legal".⁸⁹

Para concluir y emitir una opinión más clara en relación con el presente planteamiento científico, habremos de hacer una breve reseña y distinción de las hipótesis previstas en este apartado.

La cuestión científica expuesta pretende restringir el uso de la fecundación *in vitro* a cierto tipo de usuarias. En este sentido, se inclina por favorecer - aunque sin unanimidad

⁸⁷ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., "Consideraciones respecto al Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la I.A. humanas", en *Actualidad Civil* N° 41, Madrid, 8 de noviembre de 1987, p.2491

⁸⁸ DE LEÓN ARCE, A., "La mujer sola, sin pareja ante las nuevas técnicas de procreación humana", op. cit., p. 412.

entre los grupos de investigación - a la pareja formada dentro del matrimonio bajo el argumento del derecho del niño a nacer y ser educado dentro del seno familiar estable que sólo la institución jurídica del matrimonio puede otorgar.

Ahora bien, creemos que es un argumento importante si consideramos que el niño nacido - en sentido amplio - por fertilización *in vitro* debe ser el que mayor protección y, por ende, beneficios adquiera; pues no se trata de un simple objeto, sino de una persona humana que, por si fuera poco, ha sido concebida no por procreación - conforme al dictamen de la naturaleza humana - sino por manipulación genética en razón de un falso amor egoísta de sus padres que buscan "recuperar" su condición de persona humana limitada por la imposibilidad de tener hijos.

Por consiguiente, se le debe proporcionar seguridad jurídica y - en lo posible - psicológica al lado de un matrimonio; no únicamente por su pretendida estabilidad sino por que únicamente a través del matrimonio, dos personas asumen con plena razón y voluntad; las obligaciones del amor paterno/materno, de la fidelidad conyugal y de la paternidad responsable.

Es por ello que la posibilidad del uso de la fertilización *in vitro* - *lato sensu* - en parejas fuera del matrimonio y de la mujer sola - mucho menos - se ve debilitada ante lo contundente del matrimonio.

Sin embargo, otro grupo de autores y grupos de investigación están a favor del uso de la técnica mencionada en parejas constituidas fuera del matrimonio es decir, en *unión libre* - cuando el hombre y la mujer se niegan a dar forma jurídica y pública a una unión

³³ CORTES GENERALES, "Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la I.A. humanas".

que implica la intimidad sexual - argumentando que en este tipo de relación existe también la estabilidad que caracteriza - pero no únicamente - al matrimonio.

Como lo establece el Magisterio de la Iglesia "la expresión en sí misma es engañosa: ¿qué puede significar una unión en la que las personas no se comprometen entre sí y testimonian con ello una falta de confianza en el otro, en sí mismo, o en el porvenir?".

Esta expresión abarca situaciones distintas: concubinato, rechazo del matrimonio en cuanto tal, incapacidad de unirse mediante compromisos a largo plazo. Todas estas situaciones ofenden la dignidad del matrimonio; destruyen la idea misma de la familia; debilitan el sentido de la fidelidad. El amor humano no tolera la "prueba". Exige un don total y definitivo de las personas entre sí.

En cuanto al uso de la fertilización *in vitro* en mujeres solas - soltera, viuda o divorciada - es inaceptable. Evidencia claramente situaciones de injusticia a causa de un desordenado sentimiento del "derecho al hijo". La mujer es injusta con el hijo que va a nacer sin las condiciones a las que tiene derecho. Como bien señala el DR. PACHECO ESCOBEDO, "toda persona tiene derecho a nacer estable y organizado, pues es ahí la mejor forma y ambiente para desarrollar todas sus posibilidades como persona. Es una obligación de los padres el proporcionar esas condiciones y por tanto, la inseminación de una mujer no casada es injusta para el hijo, aunque consienta la madre, que estaría

satisfaciendo su deseo de ser madre más que el bien del hijo, a lo que está primordialmente obligada”.⁹⁰

Por otra parte, admitir como usuaria de esta técnica a la mujer sola podría dar lugar a su práctica en parejas homosexuales. La homosexualidad designa las relaciones entre hombres o mujeres que experimentan una atracción sexual, exclusiva o predominante, hacia personas del mismo sexo. Apoyándose en la Sagrada Escritura que los presenta como depravaciones graves, la Tradición ha declarado siempre que “los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados”. Son contrarios a la ley natural. Cierran el acto sexual al don de la vida. No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso. Las personas homosexuales están llamadas a la castidad.⁹¹

Concluyendo, aceptamos que las investigaciones que intentan reducir la esterilidad humana deben alentarse, a condición de que se pongan “al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables, de su bien verdadero e integral, según el plan y la voluntad de Dios”.⁹²

Las técnicas que provocan una disociación de la paternidad por intervención de una persona extraña a los cónyuges (donación del espermatozoide o del óvulo, préstamo de útero) son gravemente deshonestas. Estas técnicas (inseminación y fecundación artificiales heterólogas) lesionan del derecho del niño a nacer de un padre y una madre

⁹⁰ PACHECO ESCOBEDO, A *op cit.*, p. 111

⁹¹ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, Coeditores Católicos de México, Segunda edición; México, D.F., Noviembre, 1993, p. 580

⁹² CDF, instr. “Donum Vitae” intr. 2

conocidos de él y ligados entre sí por el matrimonio. Quebrantan “su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro”.⁹³

Practicadas dentro de la pareja, estas técnicas (inseminación y fecundación artificiales homólogas) son quizá menos perjudiciales, pero no dejan de ser moralmente reprobables. Disocian acto sexual del acto procreador. El acto fundador de la existencia del hijo ya no es un acto por el que dos personas se dan una a otra, sino que “confía la vida y la identidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos, en instaura un dominio de la técnica sobre el origen y sobre el destino de la persona humana. Una tal relación de dominio es en sí contraria a la dignidad e igualdad que debe ser común a padres e hijos”.⁹⁴

El hijo no es un *derecho* sino un *don*. El “don más excelente del matrimonio” es una persona humana. El hijo no puede ser considerado como un objeto de propiedad, a lo que conduciría el reconocimiento de un pretendido “derecho al hijo”. A este respecto, sólo el hijo posee verdaderos derechos: el de “ser el fruto del acto específico de amor conyugal de sus padres, y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción”.⁹⁵

El Evangelio enseña que la esterilidad física no es un mal absoluto. Los esposos que, tras haber agotado los recursos legítimos de la medicina, sufren por la esterilidad pueden manifestar su generosidad adoptando niños abandonados o realizando servicios abnegados en beneficio del prójimo.

⁹³ Ibid. 2, 1.

⁹⁴ Cf. Ibid. 2, 5.

⁹⁵ Ibid. 2, 8.

CAPITULO SEGUNDO.

LA DONACION DE GAMETOS Y EMBRIONES.

I. IDEAS GENERALES.

Los problemas jurídicos que plantea la fecundación *in vitro* aumentan cuando, para poder realizarla, se tiene que recurrir a gametos - óvulos, espermatozoides - de una tercera persona extraña a la pareja; es decir, al donante. Es lo que denominamos fecundación *in vitro* heteróloga.

Se entiende por donante aquella persona - hombre o mujer - que proporciona el material genético necesario para llevar a cabo una fecundación *in vitro*.

Algunos consideran que la donación de gametos es equiparable a la donación de sangre. Disiente de esta opinión, entre otros, ESER, quien considera que no se puede equiparar, puesto que la sangre se integra en el cuerpo de un tercero y el gameto da continuidad a la propia persona.⁹⁶

La fecundación *in vitro* con donante de semen produce la intromisión del material genético extraño en el seno del matrimonio o de la pareja estable. A su vez, la donación de un óvulo para ser fecundado con el espermatozoide del marido o conviviente de la mujer produce un resultado equivalente.

Sin embargo, las distintas formas de donación de óvulo conllevan problemas más complejos que una donación de semen.

Cuando una mujer se le extrae un óvulo para ser fecundado e implantado intracorporalmente en otra (donación de óvulo) o cuando tras fecundación intracorporal, se extrae el óvulo y se implanta en otra mujer para la correspondiente gestación (trasplante de embriones tras fecundación intracorporal) o cuando un óvulo fecundado *in vitro* se implanta en la madre gestante (trasplante o transferencia de embriones tras fecundación extracorporal), no sólo se presenta una mayor complejidad médica sino, también, jurídica, al producirse situaciones de doble maternidad que analizaremos en el capítulo dedicado a ello.

Por otra parte, el perfeccionamiento de las técnicas de congelación de semen ha conducido a la creación de bancos de semen y embriones. La congelación de óvulos humanos no está resuelta, de ahí que aún no pueda utilizarse.⁹⁷ La existencia de estos bancos ha facilitado la aplicación de la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE) con mayor eficacia, ya que las posibilidades de éxito con las donaciones con material fresco eran más reducidas.

El hecho de su legitimidad no se cuestiona y un sector importante de la población lo considera como algo intrascendente o como un gesto caritativo.⁹⁸

Por otra parte, algunos autores sostienen que ya no se puede considerar que la cesión de la capacidad reproductora a una mujer constituya adulterio. Se estima que no es

⁹⁶ ESER, A., "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A., Madrid, 1989, p. 282.

⁹⁷ DE LA FUENTE, P., "Presente y futuro de la fertilización *in vitro* transferencia de embriones", en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A., Madrid, 1984, p. 99.

⁹⁸ ABEL, F., "Aspectos éticos de la tecnología de la reproducción asistida", en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A., Madrid, 1989, pp 203 y 216

posible su incriminación como delito autónomo⁹⁹ y, hoy día, no se podría considerar ilícita la donación y utilización de gametos ajenos, a priori, siempre que no se incurra en la comercialización o contrapartida onerosa. Opinión de la cual nosotros disentimos por las razones que explicaremos más adelante.

Por su parte, la doctrina italiana considera que el acto de disposición es lícito, siempre que no sea contrario a la ley, a las buenas costumbres y al orden público.¹⁰⁰ Sin embargo, la Iglesia Católica, a través de la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", señala que "el recurso a los gametos de una tercera persona para disponer del espermatozoide o del óvulo constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad".¹⁰¹ Esta formulación deja entrever que la participación de un tercero, aunque sólo sea a través de sus gametos, rompe con el orden establecido por Dios sobre el acto conyugal; la razón humana y el Derecho Natural.

Los que disienten de esta postura consideran que en la fecundación con donante no hay adulterio, porque no hay comunicación sexual. Sólo hay comunicación genética que tiene lugar por medio de los gametos del donante, pero sin más lenguaje sexual que la entrega anónima de la mitad del aporte genético del nuevo ser.¹⁰²

⁹⁹ ALBACAR LÓPEZ, J., "Los aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial", en *La Ley* Nº 1299, Madrid, 8 de octubre de 1985, p. 1055.

¹⁰⁰ GARCIA RUBIO, M.P., "La experiencia italiana en materia de fecundación asistida: consideraciones respecto Derecho Civil español", op. cit., p.64.

¹⁰¹ SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas consideraciones de actualidad", Vaticano, 1987, II. A. 2.

¹⁰² ABEL, F., "Aspectos éticos de la tecnología de la reproducción asistida", op. cit., p.205.

La posibilidad de manipular gametos y embriones presupone un poder de disposición; semen y embriones pueden ser conservados y donados para su utilización posterior.

La manipulación de embriones humanos implica su obtención mediante la técnica de la fecundación *in vitro*, con el fin de transferirlo posteriormente al útero o utilizarlos en programas de investigación, con o sin su conservación previa, mediante congelación.

Como se ha señalado, en la realización de estas técnicas se extraen varios óvulos maduros mediante superovulación y se fecundan. Luego se transfieren al útero tres o cuatro - menos de tres disminuye la posibilidad de embarazo y más de cuatro amplía el riesgo de embarazos múltiples -, de modo que es posible que queden algunos embriones sobrantes. La Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su artículo 4º, prohíbe la transferencia al útero de un número de preembriones que se considere superior al más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

Estos embriones sobrantes pueden ser congelados y, si la mujer no queda embarazada en este intento, pueden ser transferidos dos o tres meses después sin necesidad de practicarle una nueva laparoscopia. Si la mujer ha quedado embarazada y los embriones sobrantes congelados no son deseados por la pareja, ésta puede cederlos o donarlos a otra pareja que no puede obtener embriones propios.

Los casos de un matrimonio chileno, padres de unos embriones congelados en un laboratorio australiano, que fallecieron ambos en un accidente aéreo y el de una mujer divorciada que solicitó, en Tennessee (Estados Unidos), la custodia de siete embriones que habían dejado congelados con su marido en un laboratorio, evidencian los problemas

jurídicos que plantea la congelación de embriones. ¿A quién pertenecen los embriones? ¿Quién puede disponer de ellos?

En el primer caso, los tribunales australianos decidieron que los embriones pertenecientes al matrimonio chileno fuesen ofrecidos a parejas estériles, de forma que fueran implantado en mujeres que no pudiesen tener hijos.

En el segundo caso, Mary Davis argumentó, durante el juicio, que los embriones congelados en el laboratorio son vida humana y podía ser su última oportunidad para quedar embarazada. Su ex marido alegó que los embriones son simple tejido humano y que la implantación de ellos en el útero de su ex mujer le convertirían en padre sin desearlo. La sentencia declaró que "los embriones humanos no son propiedad de nadie. La vida humana comienza en el momento mismo de la concepción". Por tanto, los embriones congelados son vida humana y dio permiso a Mary Davis para que le fuesen implantados los embriones en su útero.¹⁰³

Si bien es cierto que la legitimidad de la donación de gametos es aceptada en amplios sectores, no sucede así con la de embriones, que es rechazada por algunos sectores por considerarla ilícita y contraria a la moral.

En el presente capítulo analizaremos algunos de los problemas jurídicos que presenta la llamada "donación", como:

- Naturaleza jurídica de lo donado: gameto y embriones.
- Características del acto de disposición.

¹⁰³ DIARIO EL PAÍS, Madrid, 7 de diciembre de 1987, p. 5

■ Anonimato del donante y derecho del nacido, por estas técnicas, a conocer su origen genético e identidad del donante.

A su vez, trataremos de darles una solución argumentando las bases biológicas, antropológicas y éticas por las que el embrión ha de ser tratado como persona humana desde su concepción y las consecuencias jurídicas que conlleva su aceptación.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LO DONADO.

Para dar una calificación jurídica de los gametos tenemos que recurrir, previamente, a lo que se entiende biológicamente por ellos. Los gametos (espermatozoide y óvulo), desde un punto de vista biológico, son células reproductoras o germinales producidas por los testículos y ovarios, respectivamente.

Desde una postura científica, se les ha considerado como “poco más que bioquímica”¹⁰⁴ o como potencialmente creadores de la vida humana. Al respecto, en la “Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas”, se explicó que el espermatozoide no es sólo la célula más complicada del organismo, sino que “además tiene la aportación de ese número haploide de cromosomas que va a servir para transmitir la herencia paterna”.¹⁰⁵

Caracterizados los gametos por su potencialidad para producir vida humana, son elementos que se resisten a una calificación. Se señala que son “cosas como cosa es todo aquello que no es persona”, pero no admiten el libre tráfico de estas cosas.

Otros consideran que los gametos no son *extra commercium*, puesto que una cierta circulación se admiten e incluso se favorece sin graves problemas éticos.¹⁰⁶ Disienten los que consideran que los gametos no son cosas porque son un *res extra commercium*.¹⁰⁷

¹⁰⁴ DEXEUS, S., Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión N° 346 celebrada en Madrid, el 23 de octubre de 1985, p. 10647.

¹⁰⁵ BOTELLA, J., Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión N° 346 celebrada en Madrid, el 23 de octubre de 1985, p. 10652.

¹⁰⁶ MONTES PENADES, V., “Informe presentado a la comisión especial de estudio de fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana”, ya cit. P 9; “La genética actual y el Derecho de Familia”, ya cit. P 28 y “El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana” en vol. *La filiación a finales del siglo XX*.

También se sostiene que los gametos son simples células, ni siquiera son órganos cuyo control jurídico habrá de limitarse a su potencialidad fecundante.¹⁰⁸

Por otra parte, se señala que los gametos una vez extraídos son jurídicamente cosas. Si bien antes de su extracción constituyen parte de la persona y son, por tanto, inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto. Pero una vez que se separan del cuerpo dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir el objeto de las relaciones jurídicas.¹⁰⁹

Los gametos serían cosas, porque son susceptibles de apropiación útil e individualizada, pero de tráfico restringido por su especial condición y calidad.¹¹⁰

Otros autores consideran que los gametos no deben ser tratados como cosas en sentido jurídico, difieren de otros productos humanos y sólo el titular puede disponer de ellos dentro de los límites fijados, con finalidad médica y solidaria.¹¹¹

El Informe Palacios consideró que los gametos no deben ser tratados como cosas, sino como elementos utilizables para propósitos positivos previamente aceptados y que, en consecuencia, deben estar sometidos a las reglas de apropiación y libre circulación con base en ciertos principios entre los que podrían sugerirse que su tráfico lo sea sólo con

Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 177.

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J., "Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes", presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas del Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, Madrid, 1985, p.2.

¹⁰⁸ SANCHO REBULLIDA, F., "Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, Madrid, 1988 p. 103

¹⁰⁹ ZANONI, E., "La genética actual y el Derecho de Familia", op. cit., p. 49, y

LATOUR B., J., "El cuerpo humano como objeto de Derecho", en *Rev. General de Legislación* N° 158, Madrid, 1955, p. 163.

¹¹⁰ ZARRALUQUI, L., "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", op.cit., p. 2450

fines terapéuticos o reproductores y se haga en forma gratuita¹¹² (Recomendación N° 36).

Para el Derecho, según ALBADALEJO, "cosa es toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente".¹¹³ Atendiendo a esta definición, los gametos no pueden ser cosas, porque no son susceptibles de dominación patrimonial. Es decir, no son aptos para ser objeto de apropiación, pues se trata de algo que no "puede ser sometido en su unidad, al señorío económico del hombre".¹¹⁴

Podemos concluir que los gametos son: células, son fuerzas genéticas del individuo con potencial para producir vida. Por tanto, se encuentran al servicio del hombre pero no de forma individual; su naturaleza es tal que sólo junto con el gameto de la mujer generan vida humana. Su función ha sido preestablecida, y cuando se viola se pierde su fundamento y finalidad. Desde el punto de vista jurídico, no son cosas, porque no son susceptibles de dominación patrimonial. Se admite un tráfico limitado de ellos, siempre que tenga finalidad terapéutica y sea gratuito.

Los embriones plantean cuestiones de mayor complejidad y dificultad, en su calificación jurídica, que los gametos, pues éstos constituyen la fase primera del inicio de la vida humana. No hay acuerdo entre los científicos, moralistas y juristas sobre cuál es el

¹¹¹ MORO ALMARAZ, M.J., "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, op cit., p. 144.

¹¹² CORTES GENERALES, "Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas", Congreso de Diputados, op cit., p. 76.

¹¹³ ALBADALEJO GARCIA, M., *Curso de Derecho Civil I*, "Introducción y Parte General". Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1985, p.86

¹¹⁴ ALBADALEJO GARCIA, M., *Curso de Derecho Civil I*, "Introducción y Parte General" Vol. II, op.cit. p. 87.

status biológico y jurídico del embrión. Unido a la dificultad del establecimiento del status van los problemas relacionados con la licitud de determinadas investigaciones en embriones y la disposición de los embriones sobrantes.

Como se ha mencionado, no todos los embriones resultantes de la fecundación *in vitro* son implantados en la mujer, sea para evitar partos múltiples - con la práctica de la FIVTE hay un treinta por ciento de partos múltiples¹¹⁵ o porque algunos no son viables. El destino de estos embriones sobrantes, la licitud de posibles investigaciones con ellos, plantean serios interrogantes que abren la posibilidad de realizar otros estudios. Por tanto, consideramos que lo más importante es determinar: ¿cuál es el status del embrión?

Al estudiarse el proceso de desarrollo biológico humano existen diferentes posiciones valorativas del embrión en sus fases iniciales. El problema en cuestión es que no se ha determinado, en forma tajante, en qué momento comienza la vida humana, si cuando se unen los dos gametos, ya sea fisiológicamente o en el laboratorio; si al encontrarse el embrión en el vientre de la madre; si cuando el embrión ha anidado en el útero o si cuando se forma el sistema nervioso del embrión, en correspondencia o relación con la certificación de la muerte.

Así también lo considera la Exposición de Motivos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida en su Apartado II, al señalar que: "con frecuencia se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora se hace en forma muy precaria, pues difícilmente puede

¹¹⁵ PETERSEN, P., "Medicina de la reproducción. Un desafío a la actitud científico-médica ante la homonización", en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S A, Madrid, 1989, p.51.

delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario tal y como lo indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1.046”.

El problema del status del embrión surge, desde el punto de vista genético, al considerar que la individualización del nuevo ser requiere de dos propiedades: a) de unicidad (ser único e irrepctible) y b) de unidad (ser uno solo). El requisito de “unicidad” se quiebra en los supuestos, pocos de ellos, de los gemelos monocigóticos (formados por un desdoblamiento de un mismo cigoto en dos iguales, con el mismo código genético inicial) y el de “unidad” se quiebra a su vez con la existencia de quimeras humanas o personas formadas por la unión de cigotos o embriones distintos.

Ambas propiedades, de unicidad y unidad, no quedan definidas en el desarrollo embrionario hasta la aparición de la cresta neural, que ocurre el decimocuarto día a partir de la fecundación, coincidiendo con el término de la implantación del blastocito en las paredes del útero.

Desde la problemática ética es indudable que la nueva vida empieza desde el momento de la fecundación - de dos realidades distintas: gametos, surge una tercera realidad: cigoto -, cuyo programa genético contenido en dos pronúcleos es un programa humano.¹¹⁶ Sin embargo, el planteamiento correcto del problema supone interrogarse por el momento a partir del cual esa vida humana, que comenzó en el momento de la

¹¹⁶ LACADENA, J. R., “Una lectura genética de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto”, *JANO*, vol. XXIX, Nº 665, España, 17 de noviembre de 1985, p. 70.

fecundación, está ya individualizada. Es decir, cuando pertenece a un individuo concreto.¹¹⁷

La "Instrucción sobre el respeto de la vida humana y la dignidad de la procreación", en su artículo 4º, establece: "el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de la concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento, se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida".

Siguiendo esta línea de pensamiento se considera que "todo ser humano es persona desde el mismo momento de la concepción" y "tiene capacidad jurídica abstracta" es decir, "posibilidad de ser titular de derecho". El nuevo ser vivo tiene identidad propia manifestada por una especial reacción del ADN, que determina la existencia de un código genético distinto del de sus padres o aportadores de los gametos y de esa identidad e individualidad cromosómica, se concluye, existe persona.¹¹⁸

VIDAL GARCÍA indica que la vida humana merece todo el respeto, desde el momento de la fecundación, y que el proceso de fertilización marca la existencia de una realidad distinta de los progenitores, con toda la dotación cromosómica y capacidad de autodesarrollo. Hecha esta afirmación, agrega que no le corresponde a la vida en gestación la categoría de persona, en sentido jurídico, aunque sea un bien que ha de ser protegido por las leyes y quizás no debe aplicársele tampoco el concepto filosófico de

¹¹⁷ LACADENA, J. R., "Manipulación genética en la especie humana", en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzaí S. A., Madrid, 1989, p.22.

¹¹⁸ STORCH DE GRACIA, J.G., "Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido", en *La Ley* Nº 1276, Madrid, año VIII, 5 de junio de 1987, p. 6 y ss.

persona, dado que esta categoría filosófica explica directamente realidades del mundo humano que solamente están implícitas en la vida en gestación.¹¹⁹

También se señala que desde la fecundación hay vida específicamente humana, vida que en su programación genética posee en todo momento el potencial completo de un ser humano. A este "sujeto potencial" - independientemente de la polémica en torno a su "individualización" o "personalidad" - no se le puede negar un status moral en el sentido de que en principio está cualificado y es merecedor de protección.¹²⁰

Se responde a esta afirmación, diciendo que vida humana tiene todo organismo humano. El espermatozoide y el óvulo tienen vida y esta vida, que es humana, no convierte a estas células en miembros plenos del género humano.¹²¹

En relación a que el embrión es un ser humano en potencia o sujeto potencial, los que disienten de esta posición consideran que al calificar o utilizar la expresión ser humano en potencia, se está diciendo que no es un ser humano. Pero hablar de potencialidad es equivoco y más exacto sería señalar que existe una probabilidad de llegar a ser persona humana, teniendo en cuenta el altísimo número de cigotos que nunca nacerán.¹²²

El Informe sobre "Consideraciones Éticas de las Nuevas Tecnologías Reproductivas" (Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies) de la Sociedad Americana de Fertilidad Considera que el cigoto humano tiene sólo potencial

¹¹⁹ VIDAL GARCÍA, M., "Bioética Estudios de una Bioética Racional", op. cit., p. 49.

¹²⁰ ESER, A., "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética", op. cit., pp 286 y 287.

¹²¹ ENGELHARDT, T., "Regulación legal de la medicina reproductiva", informe presentado al Colloquium de Derecho Comparado, Cambridge, Reino Unido, 15-17 de septiembre de 1987, p. 204

teórico y estadístico para llegar a ser un miembro de la comunidad humana con estatuto reconocido, de hecho, uno de cada tres cigotos llega a implantarse. Agrega que, en esta etapa, no se puede hablar de individualización en sentido filosófico y biológico, lo cual implica que el embrión humano merece un respeto especial, pero no en absoluto propio de la persona.¹²³

El Informe Warnock, al tratar el status jurídico del embrión, se refiere a los conocimientos biológicos que se tienen en ese momento, analiza los argumentos favorables y desfavorables en relación al uso de embriones humanos para la investigación, pero no señala cuándo se entiende que el embrión es persona. Dice el citado Informe: "el embrión humano tiene derecho a un cierto grado de respeto legal sobreañadido superior al reservado a otros sujetos animales; pero este respeto no puede ser absoluto y puede quedar compensado por los beneficios derivados de la investigación".¹²⁴

Por su parte, la Recomendación 1/046, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 24 de septiembre de 1986, no se pronuncia directamente sobre el embrión o preembrión (como lo llama la LTRA). En su apartado 10 considera que "el embrión y el feto humano deben beneficiarse en todas las circunstancias del respeto a la dignidad humana y que la utilización de sus productos y tejidos debe ser limitada de

¹²² COMITÉ ETICO DE LA SOCIEDAD AMERICANA DE FERTILIDAD, "Consideraciones éticas de las nuevas tecnologías reproductivas" (Ethical considerations of the new reproductive technologies), Sociedad Americana de fertilidad, Birmingham, Alabama, febrero, 1987, p. 8.

¹²³ IBIDEM, p. 16.

¹²⁴ DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL, "Informe de la Comisión Investigadora sobre Fertilización Humana y Embriología", op. cit, p. 61.

manera estricta y reglamentada sólo para fines científicos y no pudiendo ser alcanzados por otros medios”.

El Informe Palacios consideró que parecería un tanto forzado y en alguna forma una conclusión excesiva el extender al embrión una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio, sobre todo en esta primera fase de los catorce días a partir de la fecundación. El embrión, al menos durante este periodo, no es persona ni se tiene como tal. Ahora bien, tampoco se puede considerar al embrión como una cosa en sentido técnico, por lo que comparten el criterio de otros informes foráneos sobre una negativa radical a que se admita una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no puede ser algo susceptible de apropiación ni de circulación, y debe protegerse su vida, potencialmente humana, como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades con base en sus posibilidades de desarrollo.¹²⁵

Se sostiene que el cigoto resultante de una fecundación posee ya todo el programa genético suficiente para ser persona y nacer *bonis conditionibus* y es merecedor de una protección que debe comprender, incluso, el periodo de preanidación.¹²⁶

También se considera que ni los gametos ni el embrión son jurídicamente “cosas” en sentido técnico, entre otras razones, porque no son susceptibles de valoración económica.

¹²⁵ CORTES GENERALES, “Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana”, Congreso de los Diputados, op. cit., pp. 77 y 78

¹²⁶ LLEDO YAGÜE, F., “La genética actual y el Derecho de Familia”, en *Rev. Tapia* N° 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, octubre 1987, p. 47

Pero, evidentemente, tampoco son personas, aunque un embrión sí es un *nasciturus* posible, al que al menos habría que aplicarle la normativa del concebido no nacido.¹²⁷

Una gran parte de los investigadores científicos sostienen que sólo cabe hablar de ser humano a partir del momento en que el embrión se ha fijado definitivamente en el útero materno y ha comenzado su individualización, originándose un ser único e irrepetible. Desde este punto de vista, el embrión no tendría naturaleza humana ni sería sujeto de derechos.

No existe unanimidad en las distintas Declaraciones Internacionales en relación con la protección del concebido no nacido. Así, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 3º), en el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (art. 6º) y en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre se reconoce el derecho a la vida de los seres ya nacidos. Sin embargo, en la Convención Americana de los Derechos del Hombre se señala que el derecho a la vida debe ser protegido por la ley y, en general, a partir de la concepción (art. 4º). Y en la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se establece, en el Preámbulo de la Convención, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño *antes* y después del nacimiento. Dice el Preámbulo: "...teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre

¹²⁷ CLAVERIA GOSALBEZ, L. H., "Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances*

de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento”.

Desde otra perspectiva, se considera que durante los primeros catorce días del embrión, éste puede dividirse en dos. Puede suceder, también, que dos morulas (masa sólida de células originada por la división celular del cigoto) se fundan en una. Ambos casos contradicen la posibilidad de existencia de un ser humano, puesto que el carácter de tal viene unido, de forma esencial, con la condición de unidad. Si se contempla este argumento desde el punto de vista animista, diríamos que le hombre precisa la existencia del alma y el alma no puede dividirse en dos. Tampoco puede, una vez dividida, volverse a unir en una sola. Y, como quiera que estas operaciones pueden producirse durante los catorce primeros días, después de la fecundación, se concluye que durante este periodo no existe ser humano.¹²⁸

También se considera que el embrión no es persona ni se le tiene por tal, al menos durante el periodo que estamos contemplando. Ello, no obstante, tampoco se le puede considerar como una cosa en sentido técnico. Tal como señala el Informe Warnock, no se debe admitir una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no será, en ningún caso, algo susceptible de apropiación ni de libre circulación y su vida, potencialmente humana, susceptible de desarrollarse y de devenir una persona humana, debería ser protegida como un bien jurídico.¹²⁹

científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988, p. 239.

¹²⁸ POSPISHIL, V., "Biology and Theology on Abortion", Department of Religious Studies, Riverdale, New York, 1973, p.39 y ss.

¹²⁹ MONTES PENADES, V., "La genética actual y el Derecho de Familia" op. cit., p. 29.

Por otra parte, se sostiene que ni jurídicamente ni biológicamente existen argumentos que permitan afirmar que el embrión es un ser humano y sujeto de derecho.¹³⁰ Y se indica que puede decirse que tanto a nivel internacional como a nivel nacional existe un estado de opinión favorable a no considerar persona al feto y ello debe aplicárseles con mayor razón a los embriones.¹³¹

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su Apartado II de la Exposición de Motivos, señala que existen tres etapas en el desarrollo embriológico que son biológicamente diferenciables. Estas son: preembrión, embrión y feto. Define el preembrión o embrión preimplantario como el "grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero". Agrega la Ley que "el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Al ser las etapas del desarrollo embriológico diferenciables, dice la Ley, "su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones".

¹³⁰ CARCABA FERNANDEZ, M., "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del embrión humano), en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S A, Madrid, 1988 p. 395.

¹³¹ ROCA TRIAS, E., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", op. cit., p. 38

Por tanto, la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida considera que el preembrión no es persona. Es decir, no se le tiene como tal durante los primeros catorce días después de la fecundación.

Después de haber analizado las distintas posiciones que se plantean respecto a la naturaleza jurídica de los gametos y el embrión, nuestra postura es la siguiente:

1) Respecto a la naturaleza jurídica de los gametos, afirmamos que no se trata de cosas porque no son susceptibles de dominación patrimonial. No son aptos para ser objeto de apropiación, pues no pueden ser sometidos en su unidad, al señorío económico del hombre. Se trata de algo mucho más importante, son fuerzas genéticas del individuo (por lo tanto carecen de una propia individualidad) con potencial para producir vida. No se puede decir que es una donación semejante a la sangre pues ésta no posee el valor simbólico del espermatozoide o del óvulo. No vincula, como éstos últimos, una descendencia. No transmite un elemento esencial del donante, una parte evidente de su personalidad. Al donar los gametos se dona una parte de sí mismo.

En este sentido el donante o vendedor de gametos (óvulo o espermatozoide) está disponiendo para fines injustos de su propio cuerpo. A su vez, los receptores y el equipo médico que los administra están disponiendo de un cuerpo ajeno, aun cuando sea con el pleno consentimiento del donador, para actos en sí mismos inmorales, injustos y por consiguiente, ilícitos.

El donante o vendedor de gametos comete un acto inmoral pues el ser humano sólo debe disponer de ellos para engendrar hijos a los que debe criar y educar. "La injusticia la comete el padre o la madre donante con el hijo, y la madre o el padre

biológico con aquel respectivamente, al que normalmente no conoce o no le concede el papel de padre/madre".¹³²

El ser humano solo debe emplear su potencia generativa en el legítimo matrimonio y en orden a engendrar seres que por existir ese matrimonio nacerán en un hogar estable y organizado, pues a ello tienen derecho los hijos.

El proveedor del óvulo o el espermatozoide no sólo comete un acto necesariamente inmoral, sino también ilícito pues con su acto está permitiendo al menos experimentos de ingeniería genética casi siempre homicidas, o inseminaciones o fecundaciones artificiales, siempre injustas, como se ha visto. Es muy distinto el caso de la sola masturbación, en la cual hay siempre inmoralidad pero no ilegalidad, pues no hay perjuicio de tercero. En la enajenación o donación de semen sí hay perjuicio de tercero, o al menos peligro cercano de producirse, y por eso la acción, además de inmoral es antijurídica.

Debe considerarse su acción como un ilícito de carácter penal, pues con su pleno consentimiento de su parte está colaborando con una acción injusta; aunque aún nuestro Derecho Penal no sanciona la donación o venta de gametos. Esta conclusión coincide con la tendencia internacional y también con un principio de moral universal, que no puede conformarse con prohibir la esclavitud y la trata de blancas, sin ocuparse de proteger esta forma inicial de vida humana.

El tráfico lucrativo de cigotos no admite justificación alguna, pero la amenaza penal debe ir dirigida principalmente contra el vendedor y contra el médico o biólogo que

¹³² PACHECO ESCOBEDO, A.: op.cit., p. 111.

produce la fusión y que coopera o permite este tipo de transacciones. La única exculpante para el vendedor sería la prueba fehaciente de que el gameto se obtuvo sin su voluntad.

A su vez, el adquirente de los gametos es al menos cómplice de este delito y como tal debe ser sancionado por la ley, sin que deban valer falsas razones de investigación científica para evitarlo, pues "nunca será auténtica investigación la que se basa en actos inmorales e ilícitos y se coloca en la probabilidad muy próxima de cometer homicidios, como necesariamente se cometen en la fecundación artificial".¹³³

2) Respecto a la naturaleza jurídica de los embriones, su estudio es mucho más complicado. Es necesario definir el estatuto ético y jurídico del embrión, pues no definiéndolo y, por consiguiente, permitiendo todo, se declara implícitamente que esa "cosa" no es nada, no tiene ningún derecho.

Para nosotros, sin objeción alguna, el embrión ha de ser tratado como persona desde su concepción. Sin embargo, algunos pseudo-científicos responden indirectamente de modo negativo al proponer que los embriones no pueden ser mantenidos en vida *in vitro* más de 14 días.

Hoy en día, los datos de la genética y de la biología humana son incontrovertibles: en el momento de la fertilización los dos gametos de los padres (óvulo y espermatozoide) forman una nueva entidad biológica, el cigoto, que lleva consigo un nuevo proyecto-programa individualizado, una nueva vida individual. Este nuevo ser, con sus 23 pares de cromosomas, posee una información genética (el llamado genotipo) capaz de autoorganizarse, independientemente de los mecanismos maternos. Esta autonomía de la

¹³³ Ibid. P. 112.

que hablamos aquí no es absoluta, como no es absoluta la independencia del recién nacido. El nuevo ser tiene una dependencia extrínseca, pero con una autonomía intrínseca. En efecto, desde el primer momento las moléculas de DNA dan origen a la diferenciación de las proteínas de las diversas células que constituirán posteriormente los distintos tejidos y órganos. No hay, biológicamente, una fase de desarrollo en el embrión a partir de la cual, y no antes, se pueda afirmar que se ha llegado a la humanización del embrión. Ante la individualidad y personalidad del embrión resulta absurda la postura de quien dice que el embrión es una porción de la madre: "mi cuerpo es mío", el eslogan del feminismo abortista, es simplemente anti-científico.

El análisis genético del cigoto ayuda a considerar esta célula como un nuevo sujeto individual dotado de vida humana, independientemente de los padres que han donado el patrimonio genético. Pero una reflexión sobre las primeras fases del desarrollo de este nuevo ser añade una confirmación irrefutable. El cigoto recién fecundado comienza inmediata y autónomamente su propio ciclo vital con una rigurosa unidad y una totalidad que se va actualizando gradualmente. En el primer periodo embrionario tiene lugar un rápido, en un proceso de fisión y reduplicación que termina en el blastocisto de 16 o más células. Según las últimas investigaciones embriológicas, se ha comprobado que este proceso de división está rigidamente controlado por la información genética propia del nuevo sujeto, este control determina la unicidad de dirección del desarrollo y asegura, en autonomía, la unidad permanente del sujeto a través de todas las diferenciaciones de tejidos y órganos que van apareciendo poco a poco..

El aparato genético representa desde un punto de vista biológico el centro de unificación de todos los procesos y funciones vitales que se desarrollan en el nuevo ser. Es evidente que el nuevo ciclo vital prosigue ininterrumpidamente bajo el control autónomo del mismo sujeto, que se señala a sí mismo, momento por momento, el ritmo y las direcciones de crecimiento y de diferenciación, según el "diseño" o "programa" de ejecución "escrito" en su genoma.

Uno de los aspectos más importantes que conlleva el reconocimiento del embrión como persona humana es el respeto que se le debe como tal. "El ser humano ha de ser respetado - como persona - desde el primer instante de su existencia" (*Donum vitae*, I, 1). Hay una serie de "hechos" científicos que consienten atribuir al embrión recién concebido las siguientes características: 1) genéticamente hablando, posee la "naturaleza humana", porque es portador de un código genético propio de la especie humana; 2) tiene una clara individualidad biológica en cada una de las fases del desarrollo intrauterino; 3) tiene una absoluta continuidad de desarrollo. Por eso, es evidente que, con esta base, se alcancen todas las premisas para atribuir al embrión el carácter de "individuo humano", base ontológica insustituible para los conceptos filosóficos y jurídicos del "sujeto personal" y de "persona humana". El óvulo fecundado debe considerarse no sólo como el proyecto o inicio de una nueva vida humana, sino un verdadero sujeto humano, un ser que posee todos los requisitos - tanto biológicos como ontológicos - específicos y constitutivos de la persona humana.

Por otra parte, si la ciencia biológica atestigua, con certeza y sin exceder el ámbito de sus competencias, que el embrión es, desde el primer instante de la concepción, un

individuo de la especie humana distinto y autónomo, queda plenamente justificado el empleo del concepto antropológico y filosófico de persona en relación al embrión de la especie humana, ya que la filosofía designa con aquel concepto al "individuo de naturaleza racional". La naturaleza humana no posee otra modalidad de existencia real de la de ser persona.

La Instrucción *Donum vitae*, comenta al respecto "ciertamente ningún dato experimental es por sí suficiente para reconocer un alma espiritual; sin embargo, los conocimientos científicos sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?".

El concepto de persona tiene una base ontológica y no sólo fenomenológica. Se refiere a la raíz entitativa de los actos y estructuras que caracterizan tanto la racionalidad humana (conocimiento universal, autodeterminación, responsabilidad, interioridad, etc.), como el organismo humano y sus expresiones somáticas. Por tanto, no se puede adjudicar el título de persona sólo al sujeto que explicita su racionalidad, sino al que tiene, aunque sea latente, la naturaleza racional. En este caso, la ciencia viene en ayuda de la filosofía para señalar que en el embrión ya están todos los elementos de la naturaleza racional, aunque cueste reconocerlo a los partidarios de una "antropología imaginativa", según la cual sólo sería hombre el que tuviera forma humana o explicitara los actos humanos.

Según la definición clásica de BOECIO, persona es *rationalis naturae individua substantia*. El vocablo persona viene del vocablo griego *prosopon* que significa la máscara que se ponían los actores de teatro para representar su papel. Posteriormente

pasó a significar, por influjo de la filosofía estoica, figura, actor, personaje revestido de dignidad, papel del hombre en el mundo. La filosofía cristiana elaboró con mayor profundidad metafísica las nociones de persona, dignidad de la persona y derechos de la persona, y las ha fundamentado en el acto de ser, que constituye el núcleo mismo de la personalidad, que no se reduce a la totalidad de sus actos o capacidades, ni a la racionalidad. La reflexión filosófica no nos demuestra más de lo que demuestra la biología respecto al origen de la persona, pero induce a concluir que el *actus essendi* de la persona se ha de conferir en el mismo momento en que la materia tiene ya la virtualidad de un ser humano, y ese momento es, con los datos genéticos a nuestro alcance, cuando el óvulo queda fecundado. La persona no es más persona en cuanto ha explicitado sus actos: "si todo hombre es un ser digno - si tiene la dignidad humana - es porque todo hombre contiene en sí, tendencialmente, como ordenación, la perfección, esto es, el fin".¹³⁴

Por lo tanto, "el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida".¹³⁵

Basta la comprobación de que el óvulo fecundado tiene un vínculo intrínseco y un destino intrínseco con el ser personal que se está desarrollando, para que se tenga que excluir cualquier acto de daño o supresión hacia él. En efecto, de todo lo dicho se

¹³⁴ HERVADA, J. *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1981, p. 151

desprende que el óvulo humano fecundado es un individuo de la especie humana. ¿Quién puede decir lo contrario? ¿En que otra cosa consiste la naturaleza racional? La tiene en desarrollo, aunque no la ejerza, como no la ejerce el recién nacido o el durmiente. No es, repetimos, “un ser humano potencial (en el sentido de “no ser un ser humano todavía”), sino una persona llena de potencialidades que deben desarrollarse todavía.

Por todo lo expuesto con base en la razón y el sentido común concluimos lo siguiente:

1. El ser humano es una unidad sustancial, de cuerpo y espíritu, una persona única con plena dignidad y libertad, completamente diverso de los demás seres humanos animados o inanimados. Esta unidad constituye una verdad que la razón puede perfectamente conocer partiendo del conocimiento intelectual y de la voluntad libre del hombre. Quien niega la existencia del alma humana no está negando una verdad de fe, sino una verdad racional. Por otro lado, negar la espiritualidad del alma humana sería considerar que el hombre no es esencialmente diferente de un animal o de un objeto material. Y entonces se le podría tratar como un simple medio, como si fuera un simple simio evolucionado. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los que argumentan que el embrión no es un hombre en los primeros 14 días, presuponen la presencia del alma.

2. La embriología, la genética y la misma técnica FIVET resaltan cada vez más claramente que el embrión humano es desde el primer instante de su desarrollo un “individuo de la especie humana”, una unidad biológica autónoma y diferente del conjunto de células y tejidos que constituye la madre

¹³⁵ Instrucción *Donum vitae*, I, I.

El embrión humano (uni o pluricelular) es una unidad somática humana, un cuerpo humano en las primeras fases de su desarrollo.

3. Si admitimos que la naturaleza humana está constituida por un cuerpo y un alma espiritual, que una unidad sustancial y no una mera yuxtaposición de dos sustancias, entonces la conclusión lógica es que el cuerpo humano y el alma humana comienzan a existir contemporáneamente. Por tanto, si el embrión (uni o pluricelular) es una unidad somática, es un individuo personal, una persona, un hombre.

4. No se puede conferir al embrión un estatuto artificial, a la medida de deseos egoístas, de una ideología, o de las conveniencias de las ciencias o de la sociedad. Significaría aceptar como principio la siguiente proposición: no hay una naturaleza humana objetiva; yo soy quien determina lo que es hombre y lo que no es hombre.

5. Atentar contra la integridad del embrión o destruirlo (intencionalmente o por negligencia), significa aceptar que se puede tratar a un ser humano como si fuera un ser material no-humano, es decir, como un simple medio. Si el hombre es un fin en todos sus estadios, entonces se ha de prohibir tal manipulación.

6. El matrimonio y la familia son el cuadro natural de la transmisión y del desarrollo de la vida humana. Estas instituciones dan al niño la protección, la seguridad y la formación que le son indispensables. La tarea fundamental de la sociedad reside precisamente en garantizar su valor.

7. El poder realizar algo no es un principio de legitimación. No se permite hacer todo lo que se puede. Admitirlo sería consagrar como principio la ley del más fuerte.

La ciencia y la técnica no puede embarcarse en una carrera de investigación que menosprecie la dignidad y los derechos fundamentales del ser humano.

8. Estos principios no se derivan de una determinada creencia, moral o ética. Se apoyan sobre todo en la estructura ontológica del ser humano.

3. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE DISPOSICIÓN.

El acto de disposición de gametos y embriones por parte del donante al Centro autorizado, ha sido entendido por la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida como un contrato de donación entre el donante y el Centro autorizado. El artículo 5.1 dispone que: "La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado".

Se entiende por contrato todo negocio jurídico bilateral, cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.¹³⁶ Siendo el contrato un negocio jurídico coinciden los elementos de uno y otro.

Los elementos esenciales del contrato son: a) declaración de voluntad, que al ser el contrato un negocio bilateral, serán plurales y coincidentes entre sí; es decir, se trata del consentimiento expreso de los contratantes; b) objeto cierto y determinado que sea materia del contrato; y c) motivo o fin de la obligación.

Referente al consentimiento de los contratantes se dice que la disposición de gametos y embriones no presenta problemas, siempre que el donante tenga "más de dieciocho años y plena capacidad para obrar" (art. 5.6. de la LTRA) y el donatario sea el establecimiento sanitario especialmente autorizado, al efecto el "Centro".

¹³⁶ DIEZ PICAZO-GUILLON, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II "Teoría General del Contrato", Tecnos, Madrid, 1986, p. 31

En relación al objeto del contrato, se entiende por éste un bien susceptible de valoración económica que corresponda al interés de los contratantes¹³⁷; para ello es

necesario que el objeto; a) exista dentro de la naturaleza, es decir, que sea real; b) que se encuentre dentro del comercio; por tanto, susceptible de valoración económica y; c) sea determinado o determinable.

Sin embargo, al analizar la naturaleza jurídica de los gametos y embriones establecimos que no son cosas, en sentido jurídico. Por tanto, como no son susceptibles de valoración económica, no pueden ser objeto de un contrato ni de una relación jurídica patrimonial.

Desde otro punto de vista, si se aceptara que los gametos son cosas, éstos podrían ser objeto de contrato. Pero de este contrato no podría surgir una obligación coercible de entrega a cargo del donante y a favor del Centro donatario, porque "a nadie se le puede imponer su propia reproducción".¹³⁸

Referente al fin o motivo del contrato, se entiende por éste el fin objetivo e inmediato del mismo o la función económica y social que el Derecho reconoce como relevante. Al considerarse que los gametos no son cosas en sentido jurídico y, por tanto, que no hay objeto en el negocio jurídico, tampoco hay fin del contrato. La falta de objeto en el negocio jurídico trae como consecuencia la falta de motivo o fin objetivo del mismo.

¹³⁷ IBIDEM, PP. 46 Y 47

¹³⁸ PANTALEON PRIETO, P., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Rev. Incees para la Democracia*, Madrid, diciembre, 1988, p. 22.

Al respecto, se señala que, en la entrega de gametos o embriones, el objeto que se transmite no es susceptible de valoración económica, por lo que difiere del contenido tradicional de donación.¹³⁹

Por otra parte, se indica que en la donación de gametos y embriones no se produce un desplazamiento patrimonial típico del contrato de donación: “ni el donante ve disminuido su patrimonio ni el donatario aumenta su patrimonio, siendo el acto irrelevante para acreedores de uno y otro”.¹⁴⁰

Si no es contrato ni negocio jurídico, ¿qué es, entonces, el acto de disposición de gametos y embriones?

De acuerdo con la definición de ALBADALEJO, acto jurídico es “el que encerrando una conducta humana produce efectos jurídicos, porque el Derecho atribuye consecuencias jurídicas a su realización independientemente de que el agente lo quiera o no”.¹⁴¹

El acto de disposición de gametos y embriones es un acto jurídico porque, desde el momento que se entregan los gametos y embriones al Centro, se producen efectos jurídicos. Entre éstos se encuentran la irrevocabilidad en la entrega de los gametos (art. 5.2 de la LTRA). A nadie se le puede exigir que done gametos pero, desde el momento

¹³⁹ SERRANO ALONSO, E., “El depósito de espermia o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*”, en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco. Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 370.

¹⁴⁰ CLAVERIA GONZALBEZ, L., “Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana”, op. cit., p. 239.

¹⁴¹ ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil I*, Introducción y Parte General”, vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1985, p. 139.

que los entrega al Centro, salvo excepciones expresas, el donante no puede pedir la devolución de lo entregado.

A pesar de que, desde un punto de vista jurídico, este acto de disposición de gametos y embriones no es un contrato de donación; seguiremos llamándolo "donación", por ser una denominación inteligible o expresiva de la esencia de dicho acto.

Resumiendo, podemos concluir que al ser el acto de disposición de gametos un *acto jurídico*, desde el momento de la realización de la práctica (o de la extracción) se producen los *efectos señalados en la Ley*. Sin embargo, se trata de un acto jurídico *ilícito* por ser contrario a la orden público y a las buenas costumbres.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida señala como requisito para ser donante el que se tenga dieciocho años cumplidos y plena capacidad para actuar. Dice el artículo 5.6: "Toda persona que desee ser donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá el carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas hereditarias o infecciones transmisibles".

Llama la atención que en los requisitos para ser donante, la Ley señale que "deberá tener más de dieciocho años" y en los que para ser receptora diga "deberá tener dieciocho años al menos" (art. 6.1). El legislador en ambos casos, debe haber querido decir dieciocho años cumplidos.

Asimismo, la Ley no considera el caso de que el donante sea casado y no se exija el consentimiento de su cónyuge. En el caso de una donación de embriones pertenecientes

a una pareja, lo lógico es que se exigiera el consentimiento de ambas personas, pues a ellos corresponden los gametos con que se ha obtenido el embrión que se dona.

El artículo 2º, N° 2 complementa al N° 6 del artículo 5º, al establecer que los equipos médicos y responsables de los Centros o Servicios Sanitarios donde se realicen estas técnicas deberán entregar, tanto a donantes como a posibles receptoras, una obligada información y asesoramiento “sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y riesgos previsibles. La información se extenderá en cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético y económico se relacionen con las técnicas”.

A su vez la Ley también señala que la elección del donante estará a cargo del equipo médico que realice la FIVTE. Así lo establece el artículo 6º, N° 5: “La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la Técnica de Reproducción Asistida. Se deberá garantizar que el donante tenga la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar”. Una de las razones para que la elección del donante y de la receptora la realice el equipo médico es proteger el anonimato, tanto del donante como de la receptora.

Concluimos diciendo que, si bien desde un punto de vista jurídico esta supuesta donación de gametos y embriones no podría constituir un contrato en estricto sentido por carecer de uno de los elementos esenciales como lo es el objeto; y por consiguiente se admite como un acto jurídico; hay que señalar que éste acto jurídico es, además, *injusto, ilícito e inmoral*.

Para aclarar este punto, es necesario señalar que el estudio de la “donación” de gametos y embriones no se debe limitar a su naturaleza jurídica - si se trata de cosas o no - pues como establecimos en el apartado anterior, no son cosas; van más allá de eso; son una potencia generativa de seres humanos anidada en el cuerpo humano que es parte constitutiva de la persona, a través del cual la persona se manifiesta y expresa. Gracias a la unión con el espíritu el cuerpo es la manifestación de la persona misma; y por lo mismo, fundamentalmente, unión personal. Se puede decir que el cuerpo es la persona *misma* en su visibilidad. La disponibilidad para la transmisión de la vida no hace legítimo el ejercicio de la sexualidad fuera del matrimonio o contra el matrimonio. A la luz de las enseñanzas de la Iglesia, el único modo digno es el acto conyugal en cuanto expresión de amor entre ambos cónyuges. Y esta unión conyugal no significa sólo la unión biológico-genital, sino que significa también, y sobre todo, una unión psicológica y espiritual de las dos personas. Por tanto, la ilicitud del acto de disposición de gametos y embriones radica en que el acto que origina la vida humana no es el acto de amor conyugal.

La sexualidad conyugal constituye la expresión del don definitivo que el cónyuge hace de *si mismo* al otro y, por consiguiente, establece una comunión interpersonal total e indisoluble entre los esposos. En razón de esta verdad que le es propio, la sexualidad conyugal está llamada, precisamente en el acto conyugal específico de la unión de los esposos, a una participación especial de Dios. No es entonces *por casualidad*, ni como un puro *dato de hecho* que en el acto conyugal existan juntos estos dos significados fundamentales: el unitivo y procreativo. Esta coexistencia o conexión constituye una *exigencia de carácter moral* fundada sobre la naturaleza misma del hombre y de su

relación con Dios creador. Se trata de una exigencia onto-axiológica. Por consiguiente, esta conexión entre significado unitivo y significado procreativo del acto conyugal jamás se puede romper.¹⁴²

El acto conyugal, así entendido, no establece una relación de *producción* entre padres e hijos: el hijo es engendrado, no producido. Los cónyuges realizan un acto de amor en el don de sí mismo y el hijo constituye el don del amor creativo de Dios, confiado a ellos para que sea acogido con infinito respeto.

Se ve de este modo que entre todas estas verdades existe una coherencia intrínseca y que hay una armonía interna en esta visión del hombre.

Toda persona merece un respeto incondicional y nunca puede ser reducida a un objeto de uso: esto vale desde su concepción hasta su muerte. Por eso el acto conyugal en que los esposos expresan específicamente su comunión de amor interpersonal constituye la única cuna digna del nuevo ser humano. En esto radica la *injusticia* del acto en sí mismo.

En este sentido, el donante está disponiendo de su propio cuerpo para transmitir la vida de una forma irresponsable, carente de amor hacia el ser que nacerá, y en muchos casos - de forma aberrante - a cambio de una remuneración bastante cuantiosa. Y no sólo eso, sino que condenará a seres humanos, aunque estén en su estado embrional, a ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos. Es por eso que nunca podrá ser legítimo la donación de gametos y embriones entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio. La legislación deberá prohibir además, en virtud de

¹⁴² Instr. *Humanae vitae*, n.12

la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación *post mortem* y la maternidad subrogada.

Resumiendo, podemos afirmar que:

1. El único modo honesto y justo de generar la prole, conforme a la ley natural, es el matrimonio, a través del acto conyugal.

2. Por tanto se comenten acciones de injusticia por parte de la mujer sola, viuda o divorciada que solicita la donación:

- En relación con el hijo, que va a nacer sin las condiciones a las que tiene derecho: nacer en un hogar estable y organizado; conocer a sus progenitores; etc.

- En relación con el donante, a quienes los padres legales no le conceden el papel de padre o madre, según el caso.

- En relación con el marido, en el caso de una mujer casada, pues injustamente lleva a cabo la separación de los aspectos de procreación y unitivo en el matrimonio.

3. La inmoralidad de toda acción relacionada con la fecundación *in vitro* es clara y resulta de las siguientes razones:

- El gameto masculino se obtiene siempre por procedimientos inmorales (normalmente la masturbación).

- En la incubadora, donde previamente se han colocado varios óvulos, se procura fecundar a todos, y no se inicia el proceso de implantación sino cuando hay ya varios embriones (óvulos fecundados).

- En un porcentaje muy elevado (4 de cada 5, o sea el 80%) no se logra la implantación, y por tanto el embrión es expulsado y muere.

- Los embriones que no se utilizan, son eliminados. Normalmente mueren porque no se les sigue atendiendo después de introducir uno o varios en el vientre de la gestadora. Algunos son congelados para experimentaciones posteriores.

- En ocasiones, para tener mayores posibilidades de éxito, se introducen varios embriones buscando lograr la implantación de alguno, dejando morir a los restantes. A veces son varios los que se implantan, dando lugar a partos múltiples. (De 600 partos consecuencia de fecundación artificial, 56 han sido dobles, 8 triples y 2 cuádruples).

- Un tercio de los embarazos originados en fecundación artificial, termina en aborto.

Todas las acciones descritas son necesariamente inmorales, y como algunas de ellas son presupuesto necesario o consecuencia muy probable en toda fecundación artificial, el acto se vuelve siempre necesariamente inmoral. De esta responsabilidad participan todos aquellos que directa o indirectamente hacen posible o colaboran con el acto inmoral.¹⁴³

4. El proveedor de gametos - masculinos o femeninos - comete también un ilícito pues con su acto está permitiendo al menos experimentos de ingeniería genética casi siempre homicidas, inseminaciones o fecundaciones artificiales, siempre injustas que prospectan una serie de perversiones: la fecundación de un óvulo con otro óvulo prescindiendo del gameto masculino, la clonación de seres humanos, la institución de bancos de semen, de tejidos de embrión congelados en el momento en que llegan al

¹⁴³ PACHECO ESCOBEDO, A *op cit.* p. 113

estadio de 3-4 semanas, para poder ser transplantados y regenerar órganos dañados, el embarazo masculino, la gestación de embrión humano con animales, etc.

En este caso, se hablaría de un ilícito de carácter penal, pues se está consintiendo en una acción injusta. Nuestro Derecho Penal aún no sanciona la donación o venta de semen u óvulos; sin embargo, deberá sancionarse como un nuevo delito contemplado en el Código Penal, con penas adecuadas ante la serie de aberraciones que pueden provocar estas acciones. Se crea una situación necesariamente lesiva de los derechos que tendrá el producto en cuanto exista, generando así un perjuicio de tercero o al menos un peligro cercano de producirse, y por eso la acción, además de inmoral es antijurídica.

4. ANONIMATO DEL DONANTE FRENTE AL DERECHO DEL NACIDO POR ESTAS TÉCNICAS A CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO E IDENTIDAD DE SU PROGENITOR.

El anonimato del "llamado" donante y de la pareja receptora, así como el derecho del niño a conocer sus orígenes y el daño que pueda causarle este conocimiento, están entre las cuestiones más delicadas y debatidas en materia de fecundación asistida.

La existencia del donante suscita la pregunta: ¿tiene derecho una persona a conocer la identidad de sus progenitores? O dicho de otra forma, ¿está la sociedad legitimada para ocultar a un ser humano quiénes fueron sus padres?¹⁴⁴

Hay que considerar que el conocimiento de quienes sean el padre y la madre de una determinada persona es un tema muy importante, que forma parte sustancial de las señas de cada sujeto, aparte de otros factores complementarios, pero no de escasa trascendencia.¹⁴⁵

El derecho del hijo a conocer sus orígenes como un derecho fundamental de la persona, por una parte, y el derecho del donante a permanecer en el anonimato como consecuencia de su derecho a la intimidad, por otra, se interfieren presentando una colisión de intereses. En tales casos, el derecho preferente determinará las diferentes posiciones doctrinarias.

¹⁴⁴ VILA CORO, M.D., "Nuevas tendencias del Derecho de Familia", en *Rev. General de Derecho* N° 543, Valencia, diciembre, 1989, pp. 7824-7825.

¹⁴⁵ RUIZ VADILLO, E., "La investigación científica y el Derecho", en *Rev. General de Derecho* N° 504, Valencia, septiembre, 1986, p. 3648.

Existen, fundamentalmente, tres posiciones frente al anonimato del donante y conocimiento del hijo:

a) Los que consideran que tanto la dación de gametos y embriones como su recepción integrarían el ámbito de la intimidad del individuo. Por tanto, debe protegerse el secreto de quien o quienes son donantes y receptores. Así entienden que los intereses de la pareja que recurre a la fecundación asistida con donación de un tercero, con la finalidad de tener hijos, don de tal categoría que ponen fuera del juego el interés del hijo para indagar sobre su padre.¹⁴⁶

b) Otro sector estima que cuando se lleva el anonimato al extremo, en vez de defender los intereses del hijo y su derecho a conocer sus orígenes, solamente se están preocupando de eliminar las responsabilidades que cabrían al donante.

Se estaría instrumentando al hijo que puede ver infringido su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico o contar con ese dato para la defensa de intereses morales o materiales.¹⁴⁷

c) Una posición intermedia es aquella que propicia el anonimato y, al mismo tiempo, permite que el niño, al llegar a la edad apropiada, pueda tener acceso a la información sobre la forma de concepción y las características del donante.

Se indica que la única forma de compaginar el derecho del donante al anonimato con el derecho de toda persona a conocer su origen genético, estaría en encontrar una

¹⁴⁶ LIPARI, N., "La maternidad y su tutela en el ordenamiento jurídico italiano", en *Reseña del Derecho Civil* N° 3, Italia, 1986, p. 577.

¹⁴⁷ VIDAL MARTINEZ, J., "La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos", en *La Ley*, Madrid, 1989, p. 1035.

fórmula que permita la investigación sobre el origen genético que excluya la identidad del donante.¹⁴⁸

a. Entre los argumentos que defienden el anonimato del donante, prohibiendo su identificación, se encuentra el que señala que de no garantizarse el anonimato del donante, existiría una interferencia real (al menos psicológica) de una tercera persona en algo que debe ser una relación interpersonal, exclusivamente de pareja. Esta relación no se ve afectada por el mero hecho de haberse necesitado una donación de semen u óvulo, para superar la esterilidad, por que la técnica sólo suple un componente puramente biológico, que en la unión sexual es inconsciente.

El común deseo de tener un hijo con maternidad o paternidad casi completa, debe ser suficiente para que la pareja acepte sin problemas que tal hijo no lo sea en lo genético y sólo eso.¹⁴⁹

Por otra parte, se considera que la mejor forma de impedir cualquier relación jurídica y de reclamación de derechos entre el donante y nacido es estableciendo el anonimato del donante. El anonimato protege al donante de cualquier relación que pudiera involucrarlo más allá del mero acto de donación. A su vez, tiende a proteger a los padres y a los hijos de cualquier intromisión del donante en una relación conyugal y paterno-filial.¹⁵⁰

¹⁴⁸ ROCA TRIAS, F., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales", op. cit., pp. 44 y 45.

¹⁴⁹ RUBIO CARDIEL, J., "Contestación a las cuestiones formuladas por el limo. Sr. Presidente de la Comisión Parlamentaria en la Sesión del 23 de octubre de 1985", informe presentado a la Comisión especial sobre estas cuestiones del Congreso de los Diputados, Madrid, op. cit., p. 5.

¹⁵⁰ HORTAL ALONSO, A., "Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* humana", informe presentado a la Comisión especial sobre estas cuestiones del Congreso de los Diputados, Madrid, op. cit., p. 6.

Se agrega que desvelar el secreto desencadenaría efectos contrarios a la voluntad del propio donante, puesto que no cabe establecer en su contra ningún vínculo de filiación.¹⁵¹

Los que disienten de los argumentos antes señalados, consideran que todos éstos se centran más en el interés de los padres que del hijo. Señalan que este último es el más necesitado de protección y, además, titular de un derecho fundamental - el de conocer sus orígenes -, calidad que no tendría el derecho o interés de los padres.

Otra de las razones favorables al anonimato es aquella que estima que debe darse al niño nacido por estas técnicas de reproducción asistida "exactamente la misma situación que si hubiese nacido de los mismos padres en forma natural".¹⁵²

Por otra parte, ciertos sectores opinan que si se revelara la identidad del donante existiría el riesgo de una disminución en la donación de gametos.

b. Los sectores contrarios al anonimato del donante consideran que el derecho a conocer su origen biológico, por parte del nacido por estas técnicas y la investigación de la paternidad/maternidad genética constituyen un derecho inalienable e innegable a quien tenga aquel origen.

Constituye un derecho por el mero hecho de haber nacido y es uno de los derechos fundamentales de la persona. Aunque las partes acuerden la confidencialidad, la necesidad del nacido de donación de gametos o embriones de conocer a sus parientes genéticos, puede sobrepasar el interés de las partes contratantes respecto de tal confidencialidad.

¹⁵¹ RUIZ VADILLO, E., "Aspectos jurídicos de la inseminación artificial", I Simposium nacional sobre Inseminación artificial heteróloga y bancos de conservación de semen, Cruces de Baracaldo, 1979, p. 222.

Los pretendidos peligros derivados de la posibilidad de identificación, tanto del donante, en general, como de la persona receptora, deben ceder en favor de intereses superiores, como son los derivados de los derechos concebidos al niño nacido de estas técnicas. Derechos que, de mantenerse el principio de anonimato, quedarían limitados, dando lugar precisamente a supuestos de discriminación en razón del nacimiento.

Una investigación en niños adoptados en Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña confirmó la necesidad de que el niño conociera la verdad de su origen. Se señalaba que la posibilidad de obtener este conocimiento es de gran importancia en el desarrollo del niño. Organizaciones suecas, también confirmaron estas conclusiones.¹⁵² En ellas se basaron los redactores suecos de la Ley sobre Inseminación Artificial, de 20 de diciembre de 1983, donde se reconoce el derecho del nacido por esta técnica a conocer, una vez alcanzada la mayoría de edad, la identificación del donante de esperma al que debe su nacimiento. La similitud entre niños adoptados y nacidos por estas técnicas es grande, en cuanto a la necesidad de conocer su origen. Por tanto, pueden utilizarse los estudios que hay al respecto en la evaluación de los pros y contras de que el niño conozca la verdad de su procedencia.

c. Otro sector de la doctrina considera que debe existir una posición intermedia: ni el anonimato a ultranza, ni la obligación de informar al hijo a cerca de los datos del donante y la forma de su concepción.

¹⁵² QUESTIAUX, N., "Medicina Reproductiva in Francia: argumentos legales", informe presentado al Coloquium de Derecho Comparado, Cambridge, Reino Unido, 15-17 de septiembre de 1987, p. 4.

¹⁵³ EWERLÖF, G., "Swedish Legislation on artificial insemination", op. cit., p. 74

Esta posición intermedia destaca, como regla general, el anonimato tanto de la pareja receptora como del donante. Pero el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá conocer las características genóticas de su padre o madre biológico.

LLEDO YAGÜE se postula por el anonimato del donante "por el interés del hijo y no del dador de gametos". Agrega que, sin desconocer la fuerza de la argumentación según la cual el hijo es titular de un derecho fundamental al conocimiento de su origen genético, revelar la identidad del donante no favorece ni psicológicamente al niño ni a su bienestar. Para este autor, al llegar el hijo a la mayoría de edad podría tener acceso a las características genóticas del progenitor.¹⁵⁴

En Alemania se considera el derecho a conocer la propia filiación biológica como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona. El derecho del hijo a conocer sus orígenes merece ser fortalecido en virtud de los derechos humanos y razones médicas.¹⁵⁵ Y se estima que los medios identificadores de la persona pueden incluirse entre los derechos a la personalidad, protegidos en su Ley Fundamental (art. 2.1).¹⁵⁶

A su vez, el Informe Benda señala que el conocimiento del origen de la persona es de gran importancia para la propia identidad y desarrollo de la personalidad. Este conocimiento se encuentra dentro de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona. Por tanto, el niño que nace por estas técnicas debe tener libre acceso a los detalles de su nacimiento y saber quiénes son sus padres genéticos.

¹⁵⁴ LLEDO YAGÜE, F. "La regulación jurídica de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*", op. cit., pp. 324-326

¹⁵⁵ ESER, S. "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética (aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán)", op. cit., p. 282

¹⁵⁶ IBIDEM; p. 18.

En la doctrina italiana se acepta el anonimato del donante cuando el planteamiento parte de la protección de la familia matrimonial.¹⁵⁷

Por su parte, el CAHBI consultó al Comité de los Derechos del Hombre sobre el anonimato del donante. La respuesta del Comité fue que, en el momento actual, no puede encontrarse ningún elemento decisivo en favor o en contra del anonimato en la Convención Europea de Derechos del Hombre.

El CAHBI, en el Principio Provisional N° 9, apartado 1, recomendó que debe mantenerse con carácter general el anonimato del donante y guardarse secreto sobre la identidad de la pareja receptora.

En el apartado 2 plantea dos alternativas:

I. La ley nacional puede establecer que el niño a una edad apropiada pueda tener acceso a la información sobre la forma de su concepción y, cuando sea necesario, a las características genotípicas del donante, o

II. La ley nacional puede establecer el derecho del niño a conocer la identidad del donante.

El Informe Warnock en su Recomendación N° 18 indica que:

“Un correcto proceder pide que cualquier tercero, donante de gametos para el tratamiento de la infertilidad, ha de ser desconocido para la pareja receptora antes, durante y después del tratamiento: igualmente el donante no ha de conocer la identidad de la pareja asistida”.

¹⁵⁷ AULETTA, T., “Fecundación artificial. problema y prospectiva”, *Quadrimestre* N° 1, Italia, 1986, pp. 50 y sgtes.

La Recomendación N° 20 señala que:

“Al llegar a los dieciocho años, el hijo tendrá acceso a la información básica sobre el origen étnico y la salud genética del donante y se aprobará una ley para reconocer este derecho”.

El Informe Palacios, si bien reconoce que “el derecho a conocer los orígenes es un derecho fundamental”, considera que “debe ser prioritario que la ley ampare, proteja y tutele a los que socialmente se hubieren comportado como padres, aunque biológica y genéticamente no lo sean”.¹⁵⁸

Por su parte, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su artículo 5.5 estableció el anonimato de receptoras y donantes de gametos y embriones, pero permitiendo, al mismo tiempo, que el hijo o sus representantes legales obtengan información general de los donantes, que incluya su identidad. Sólo en circunstancias excepcionales - peligro para la vida del hijo o con arreglo a las leyes procesales penales - podrá revelarse la identidad del donante.

Analizadas las distintas posiciones frente al anonimato del donante y el derecho del nacido a conocer su origen genético e identidad de su progenitor, podemos concluir exponiendo nuestra postura y sus razones: el conocimiento del origen biológico - saber quién es su padre o madre biológica - es de gran importancia, tanto para la propia identidad de la persona como para el desarrollo de su personalidad. Es un derecho que tiene todo individuo por el mero hecho de nacer.

¹⁵⁸ CORTES GENERALES, “Informes de la Comisión especial de estudio de la FIV y la IA humanas”, Congreso de los Diputados, op. cit., pp. 44 y 45.

Desde otro punto de vista, el derecho del donante a su intimidad o el derecho de los padres a no tener interferencia de un tercero en relación con el hijo, no pueden justificar el anonimato del donante.

Se debe tomar en cuenta siempre que el sujeto central de todo el proceso de procreación asistida es el niño, sujeto más bien pasado por alto por la literatura que se ocupa del tema de la procreación.

La actual cultura familiar parece cada vez más claramente basada en esa actitud que podemos llamar "puerocentrismo", actitud que, por un lado puede comportar una mayor atención para con el niño y sus exigencias materiales, psicológicas y afectivas, pero por el otro puede adoptar las características del replegamiento narcisista. En este segundo caso, el hijo acaba por representar una forma de realización del adulto y por ser sujeto sólo en cuanto objeto de gratificación del adulto progenitor.

Nosotros compartimos la perspectiva "puerocéntrica", los hijos deben venir sólo y en cuanto son deseados. Es necesario poner en el centro de todo el proceso de reproducción asistida al niño y sus derechos, que son preferentes en cualquier momento al falso derecho de las padres al hijo. Entre estos derechos cobran particular relieve el derecho a conocer sus orígenes, el derecho a tener ambos progenitores y el derecho a la familia y a la plena vida de relación.

El derecho a conocer sus orígenes - esto es, el derecho de todo ser humano y, por tanto, también del "hijo del FIVET", a conocer la verdad respecto del nacimiento propio y la identidad de sus progenitores biológicos - es siempre superior al derecho al secreto de los padres y el derecho del anonimato del eventual donador.

Como siempre hemos reiterado, 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.

Esta valoración se justifica porque, desde el punto de vista moral, sólo es verdaderamente responsable, para con quien ha de nacer, la procreación que es fruto del matrimonio. Todo ser humano debe ser acogido siempre como un don y una bendición de Dios. La procreación de una nueva persona ha de ser fruto y signo de la mutua donación personal de los esposos; la fidelidad de los esposos, en la unidad del matrimonio, comporta el recíproco respeto de su derecho de llegar a ser padre y madre exclusivamente uno a través del otro.

A su vez, el hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: sólo a través de la referencia conocida y segura de sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana. El recurso a los gametos de una tercera persona constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad. También lesiona los derechos del hijo, pues lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultarse la maduración de su identidad personal.

Por otra parte, son bien conocidas las consecuencias negativas de carácter psicológico sobre el niño que produce la FIVET. Bien saben actualmente los especialistas

en psiquiatría, perinatología, etología, los peligros físicos y psíquicos que puede traer consigo este hecho. Por consiguiente, será difícil y contraproducente, pretender esconder al niño las condiciones en que fue concebido. Los especialistas afirman que las consecuencias de naturaleza psicótica podrían ser mucho peores que las que se dan cuando el hijo adoptivo descubre a través de habladurías su origen extra-familiar. La vivencia de marginación, de extraneidad, de haber sido concebido en la frialdad de una placa de laboratorio, influirá notablemente en su personalidad.

Finalmente, es claro que el problema debe resolverse en la forma más benéfica para el hijo y por tanto, consideramos que tanto los proveedores de gametos como la gestadora - al contribuir con un acto inmoral e injusto - deben quedar obligados en alguna forma con el hijo; que sería en primer término, el dar a conocer al hijo su origen pero a una edad madura y cuando sea imposible ocultarlo pues, aunque no pretendemos defender el derecho a la intimidad del donador de semen, tampoco perseguimos el daño psicológico de un niño, que al convertirse en adulto puede manejarlo al aminorarlo por ese vínculo de afecto y protección de sus padres hacia él.

Por otra parte, a la sociedad también le interesa saber la identidad del niño. La persona representa el fin último de la sociedad, que está ordenada al hombre. El respeto de la persona humana implica el de los derechos que se derivan de su dignidad de criatura. Estos derechos son anteriores a la sociedad y se imponen a ella. Fundan la legitimidad moral de toda autoridad: menospreciándolos o negándose a reconocerlos en su legislación positiva, una sociedad mina su propia legitimidad moral.

CAPITULO TERCERO.

LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR ESTAS TECNICAS.

I. GENERALIDADES.

La filiación es una institución fundamental que afecta a las personas en sus raíces más íntimas. Su determinación legal opera, en el ámbito del Derecho Civil, como una cuestión previa con una influencia directa y decisiva sobre otros muchos problemas civiles, como régimen de apellidos, patria potestad, nacionalidad, derechos sucesorios, etc.

A lo largo de la historia, el Derecho se ha ocupado de las relaciones entre generantes y generados y del hecho mismo de la generación humana, al tenor de los conocimientos proporcionados por la biología. Superadas las etapas primitivas donde se ignoraba la función que cumplía el hombre en la reproducción y sólo se tenía como jurídicamente relevante el vínculo de la maternidad, se llegó a la época del Derecho Romano, que sentó las bases jurídicas de la filiación.

El estudio de la filiación se ocupó de los problemas derivados de la reproducción humana, concretamente de las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos.

Los principales problemas que se presentaban en la determinación de la filiación tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales, causantes del nacimiento, y en la dificultad para determinar la relación concreta que da origen a la gestación y al nacimiento correspondiente. Esta situación justificó el juego de presunciones,

restricciones probatorias y otros formalismos jurídicos que han informado parte del Derecho de Filiación. A medida que ciertas pruebas biológicas pudieron determinar, con precisión creciente, quién era el hombre causante del embarazo, hubo de cambiar la normativa sobre la filiación y sus principios informadores. Pero siempre había un elemento común: la necesidad de la existencia de relaciones sexuales para la procreación. Sobre esta base se ha elaborado, desde el Derecho Romano hasta tiempos recientes, esa "categoría social, cultural y también jurídica que conocemos con el nombre de filiación y los conceptos de paternidad y maternidad".¹⁵⁹

LACRUZ entiende que la filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto de sus progenitores e indica que, en principio, **la relación jurídica debe coincidir con la realidad biológica y ontológica**. Sin embargo, no siempre existe aquella coincidencia. Si bien la filiación, como hecho natural, se da siempre y en todas las personas, como un hecho jurídico no siempre existe. A veces el Derecho no conoce - o no puede conocer con la certeza debida - la realidad biológica; otras veces, aun conociéndola o pudiendo conocerla, la ha desconocido en aras de determinados criterios.¹⁶⁰

El concepto de filiación ha experimentado una evolución desde conceptos que establecían como fundamento de ésta la vinculación de sangre, hasta las que la entienden como una relación fundamentalmente jurídica.

PACHECO ESCOBEDO sostiene que la filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable

¹⁵⁹ RIVERO HERNANDEZ, F., "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", op. cit., pp. 141 y 142.

que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no se sepa quiénes son. La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado.¹⁶¹

Determinados sectores entienden que la filiación, más que una realidad biológica, es una realidad social, afectiva y educacional. Consideran que la filiación es una relación fundamentalmente jurídica y los términos de paternidad, filiación, padre, hijo, expresan sobre todo categorías jurídicas estructuradas sobre papeles culturales.¹⁶²

Sin embargo, la filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica, y tomar de ella las presunciones e indicios para establecer esa peculiar relación de filiación, pero en ocasiones la misma biología no puede establecer con certeza la relación biológica de filiación.

Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre; conforme al Derecho puede haber hijos sin padre ni madre, ya sea porque desconozcan o porque sabiéndose su identidad, no se hayan llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación biológica de filiación.¹⁶³

¹⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos del Derecho Civil*, tomo IV, "Derecho de Familia", op. cit., p. 504.

¹⁶¹ PACHECO ESCOBEDO, A., "La familia en el Derecho Civil Mexicano", Editorial Panorama, México, 1993, p. 186.

¹⁶² DIEZ-PICAZO, L., (en colaboración), "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*", op. cit., p. 25.

¹⁶³ *IBIDEM*.

Por la misma naturaleza, *la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto*. Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquél parto.

No así con la paternidad, que es por naturaleza incierta. La certidumbre de la paternidad sólo se despeja por la fe en la madre. Dicha incertidumbre no es biológica sino social pues sólo una célula masculina puede engendrar al producto en la madre. Esa incertidumbre la despeja el derecho *por medio de presunciones*, que si bien se basan en elementos biológicos, hacen otro tipo de atribuciones basadas en la integridad de la familia, la paz social, etc., que rebasan el campo biológico y en ocasiones de hecho lo contradicen.

La maternidad se determina por el parto, es madre la mujer que dio a luz. En cambio, la paternidad corresponde al hombre que aportó su semen. Por tanto, la paternidad natural se basa en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica y también genética.

Sin embargo, se considera que la concepción de la filiación del Código Civil español, tras la reforma de 1981, si bien se basa en el principio de veracidad, el establecimiento de la paternidad conlleva los principios de voluntad y responsabilidad que desplazan al biológico. El principio de responsabilidad, más que el dato genético, está en todos los casos en que se impone judicialmente la paternidad al hombre que mantuvo con la madre relaciones sexuales de las que es producto el hijo: no se hace padre tanto por llevar los mismo genes, sino en cuanto asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento.

El elemento voluntarista - que comprende e incluye una asunción de responsabilidad de la función paterna - justifica que se considere padre al autor de un reconocimiento de complacencia y al hombre que no quiere impugnar - consciente de que no es progenitor - la paternidad que la ley le atribuye. Los elementos de voluntad y responsabilidad unidos al de seguridad jurídica, son el contrapeso fundamental y la desviación comprensible del principio de veracidad y del presupuesto biológico, que subyacen conceptual y naturalmente en la idea de paternidad y filiación.¹⁶⁴

La innovación que presenta la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones - FIVTE - choca con la concepción que tenía la legislación acerca del acto reproductor. Se regulaba sólo la concepción por fecundación natural, pero no por otros medios en que se prescindía de la cohabitación. El acto procreador deja de ser un acto íntimo, exclusivo, personal e intransferible de la pareja, para pasar a ser un acto pluripersonal en que intervienen terceros y también puede ser un acto individual fuera de la pareja si se aplica a mujeres solas.

Con las nuevas técnicas, las cuestiones de fondo ya no van unidas al conocimiento de una "causalidad biológica", sino a establecer la filiación del nacido respecto a personas determinadas con independencia de su causalidad. Esta técnica produce una disociación entre sexualidad y procreación, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y formal. Esto pone en entre dicho los conceptos de maternidad y paternidad, así como la determinación legal de la maternidad, la cual se basaba en el hecho de la gestación. Madre es la que ha gestado y ha dado a luz a la criatura.

La maternidad era un hecho cierto y para determinarla bastaba con probar el hecho del parto y la identidad del hijo.

La posibilidad de que una mujer dé a luz un hijo cuya concepción se ha conseguido con la implantación de un embrión producto de una donación de óvulos, sea con la finalidad de ser su madre o de cederlo a otra mujer que alquiló su vientre, plantea una confusión de las maternidades genéticas, biológica y formal o jurídica. Son conceptos que entran en conflicto al enfrentar la necesidad de determinar o atribuir una maternidad.

Cuando la mujer está casada, se presume que el marido es el padre de la criatura que ha alumbrado. Estas presunciones admiten prueba en contrario, son *iuris tantum*. Las Técnicas de Reproducción Asistida cuestionan los presupuestos de presunción de paternidad del marido, ya que no basta la separación de hecho para que pueda excluirse la presunción. Tampoco basta para acreditar la no paternidad, el padecer *impotencia generandi*, puesto que el semen pudo emitirse mucho antes de que sobreviniera la impotencia o se produjese la separación.

Por otra parte, la autorización de la investigación de la paternidad mediante las pruebas biológicas necesarias tiende a que el padre legal coincida con el padre biológico. Rige el principio *pater est quem sanguis demonstrant*. Con la FIVTE este principio se vienen abajo, cuando existe la intervención de un donante. La donación de semen presenta la problemática del anonimato del donante y del derecho del hijo a conocer sus orígenes analizado en el capítulo anterior de este trabajo.

¹⁶⁴ RIVERO HERNANDEZ, F. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", op. cit., p. 146

Asimismo, plantea el problema de la relación paterno-filial: ¿debe ésta establecerse con el marido de la mujer que dio a luz o con el donante de semen?

Con esta técnica se produce la diferenciación entre los papeles de padre y progenitor. Padre es aquel que asume voluntariamente dicha función social, aunque genéticamente no lo sea, y progenitor el que aporta el material genético "sin pretender ninguna relación jurídica filiacional con el ser que nazca producto de su donación de gametos"¹⁶⁵

Algunos llaman "padres sociales" a los del nacido por FIVTE con donante de gametos en cuanto asumen la función social, a falta de elemento genético de paternidad/maternidad, y en consideración del componente de asunción de ciertas responsabilidades respecto del nacido que conlleva la paternidad/maternidad. Se sostenía - antes de la promulgación de la LTRA - que podría hablarse, así, de una filiación (y paternidad o maternidad) civil, como opuesta a la filiación por naturaleza. La dualidad que hay en el artículo 108 del Código Civil entre filiación por naturaleza y adopción podría generalizarse a la de filiación por naturaleza, sea matrimonial o no matrimonial y filiación civil - pues sólo formal o meramente civil es para el Derecho, que no según natura -, sea por adopción (en que no hay intervención alguna en el nacimiento del hijo), o por fecundación asistida con aporte de gametos, donde si hay intervención en el nacimiento, ya que éste ocurre por voluntad y decisión de los padres, pero alguno de éstos (o ambos), no es progenitor.¹⁶⁶

¹⁶⁵ LLEDO YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, op. cit., p. 24

¹⁶⁶ RIVERO HERNANDEZ, F., "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", op. cit., p. 146.

TRABUCCHI también opone a la filiación por naturaleza la filiación civil: al lado de la filiación por naturaleza que puede ser legítima o natural simple, existe una filiación civil que tiene origen o en una relación de adopción o en el recurso legalizado a la fecundación heteróloga (más propiamente filiación biológica de donante desconocido).¹⁶⁷

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su artículo 7.1. establece que: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo". Por tanto, nos está remitiendo al artículo 108 del Código Civil español que dice que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Luego, los hijos nacidos por FIVTE tienen una filiación por naturaleza.

Concluyendo podemos afirmar lo siguiente: el hijo nacido por estas técnicas tiene una madre cierta y por tanto a ella corresponde la patria potestad. Si es casada, se presume hijo de su marido pero esa presunción puede desvirtuarse por pruebas en contrario; en ese caso sería de gran importancia saber con certeza la procedencia del semen. Las reglas generales de carácter civil en México de presunción de paternidad y reconocimiento de hijos, son bastantes para solucionar los problemas que se plantean por la inseminación y la fertilización artificial en relación con la paternidad. Pues en el caso de la maternidad, la naturaleza misma de estas técnicas complican su determinación.

¹⁶⁷ TRABUCCHI, A., "Procreación artificial y genética humana una prospectiva del jurista", Comunicación al Congreso de Verona, octubre 1986, en *Procreación artificial e intervención en la genética humana*, Padova, 1987, pp 15 y 16

Conforme a lo anterior, consideramos que es pertinente exponer las principales reglas de filiación que nuestro Código Civil Mexicano contempla para definir quién - el proveedor de semen o el cónyuge o compañero de la madre - debe ejercer el papel de padre ante la Ley.

Podemos decir que la filiación es la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre y la madre con su hijo. De la filiación nace el parentesco en primer grado.

En la terminología jurídica se dice que el padre engendra y la madre procrea, y en su regulación al hijo se le toma en cuenta desde la concepción hasta su nacimiento.

La filiación dentro del matrimonio se conoce como matrimonial o legítima y el artículo 324 del Código Civil Mexicano establece que se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los 300 días subsiguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Este término contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Antes de la Ley de Relaciones Familiares, los hijos se distinguían entre naturales y legítimos de matrimonio, adulterinos y también como incestuosos, sacrilegos y mánceres.

En relación a lo establecido en el artículo 324, el 325 nos dice: Contra la presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido

tener relaciones sexuales con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Esto tiene que ver con la teleinseminación homóloga, en cuyo caso habría que comprobar (con un documento escrito) que el padre fue el proveedor y que estuvo de acuerdo en realizar este procedimiento. Lo mismo sucede en la implantación de embriones, en la cual es también necesaria dicha prueba para considerar que es un hijo dentro del matrimonio.

Por otro lado, el artículo 326 dice que el marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo relaciones sexuales con su esposa.

Este artículo tiene como finalidad proteger al hijo, independientemente de las razones que los padres hayan tenido para desconocerlo. También la presunción a que se refiere el artículo comentado se destruye si se demuestra judicialmente que en virtud de una separación provisional no fue posible el contacto carnal, pues el artículo 327 expresa: "el marido podrá desconocer al hijo después de 300 días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional. prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de este pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

Si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el padre no lo puede desconocer en los siguientes casos:

I. Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte.

Para esto se requiere un principio de prueba escrito:

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y esta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir (art. 328).

La acción para pedir el desconocimiento de la paternidad la tiene cualquier persona a quien perjudique la filiación.

La filiación para los hijos nacidos fuera de matrimonio, conocida como ilegítima o natural, se comprueba: por lo que se refiere a la maternidad, por el hecho del parto y el nexo causal entre parto y nacimiento, y en algunos casos la identificación del hijo. Por otro lado, la madre tiene la obligación de reconocer a su hijo y de que su nombre figure en el acta de nacimiento.

Art. 337. La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Por lo que toca a la paternidad, esta sólo se da si existe reconocimiento voluntario, artículo 60 y 360 y por sentencia ejecutoria que la declare.

Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

No puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros (art. 338); se puede reconocer a los hijos que no han nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia (art. 364); los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente (art. 365).

El reconocimiento de hijos es un acto formal que, para su validez, deberá hacerse de alguno de los siguientes modos: 1. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil; 2. Por acta especial ante el mismo juez; 3. Por escritura pública; 4. Por testamento; 5. Por confesión judicial directa y expresa (art. 369).

Como se desprende de lo anterior, el reconocimiento de hijos ante notario puede llevarse a cabo en escritura pública (declaración unilateral de voluntad) o bien, al otorgarse el testamento. Tanto el juez del Registro Civil como el notario deben tomar en cuenta lo establecido por el artículo 370 del Código Civil Mexicano que en su parte conducente dispone: Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla puede ser identificada.

La sanción que se impone al oficial del Registro Civil, al juez competente o al notario en caso de infringir esta disposición, es la "destitución del empleo e inhabilitación para desempeñar otro por un término que no baje de dos ni exceda de cinco años" (art.371).

Del análisis de estos artículo se desprende que es muy difícil reconocer a un hijo cuando no concurren ambos progenitores, pues si el hijo ya ha nacido, el padre sólo lo podrá reconocer mencionando nombre y apellidos, y en ese caso se puede deducir quién

es la madre. Ahora bien, si no ha nacido, también resulta casi imposible reconocerlo, pues tendría que señalar que su hijo se encuentra en el vientre de la madre y con eso está revelando con quién lo hubo. De no ser así, creo que sería imposible describir al *nasciturus* que se pretenda reconocer.

Por último, quiero insistir en que nuestro Código Mexicano resuelve - respecto a la paternidad - de la misma manera todos los problemas de la fertilización o procreación asistida, se trate de inseminación, clonación, concepción *in vitro* o implantación de embriones, que son las reglas de la filiación. O sea, en todos la paternidad en el matrimonio se presume siempre del esposo. Cuando es fuera del matrimonio se deriva del reconocimiento.

Resumiendo, la filiación de los hijos nacidos a través de fertilización *in vitro* conforme a las Cód. Civil mexicano, sería de la siguiente manera:

a) Homóloga: Son hijos de matrimonio, legítimos y por tanto, sus padres biológicos coinciden con sus padres legales. Será necesario comprobar (con un documento escrito) que el padre fue el proveedor y que estuvo de acuerdo en realizar este procedimiento.

b) Heteróloga: Para exponer nuestra postura habría que introducir una breve reseña de las principales doctrinas que imperan en la materia:

En el terreno de la inseminación artificial o de la fecundación *in vitro*, no siempre, pero sí en un número muy significativo, se ha de recurrir a una persona extraña a la pareja, para que done o ceda parte de sus componentes genéticos, a fin de remediar la esterilidad que afecta al hombre o a la mujer que deciden acudir a estas técnicas. Pues

bien, a pesar de ello, esta insustituible aportación genética es ignorada por el derecho, que reviste con el más completo anonimato la persona del donante y con el más absoluto secreto el origen del nacido.

Existe la postura, en muchas leyes extranjeras y en todos los proyectos que se ocupan de la inseminación artificial con donante, a favor de la paternidad legal del marido de la madre inseminada con el consentimiento de aquél, unida a la negación de la posibilidad de reconocer o reclamar su paternidad al varón que aportó el semen., a quién tampoco podría imponérsele vínculo legal de paternidad respecto de sus descendientes genéticos.

En consecuencia parece necesario reflexionar sobre el apuntado contraste entre la *verdad biológica* y la forma en que debe regularse la fecundación *in vitro*, decidiendo si la voluntad de los particulares puede fundar relaciones de paternidad-filiación que no quieren diferenciarse, social ni jurídicamente, de las basadas en la procedencia genética (más aún, cuando pretendan ocultar en absoluto secreto la peculiaridad de su constitución).

2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD Y DE LA MATERNIDAD.

En el siguiente apartado expondremos las dos posturas más importantes; la primera respecto a la paternidad y la segunda, respecto a la maternidad.

a) Conforme a la doctrina de la *voluntad procreacional*, en la determinación de la paternidad de un niño nacido por la aplicación de una FIVTE juega un papel fundamental el consentimiento del marido o compañero de la mujer. Este será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica, para mantener de modo irrevocable todos los efectos del consentimiento, básicamente, en la atribución de la paternidad.¹⁶⁸ Bajo esta situación, el nexo biológico ha dejado de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno-filial. Aparece como un factor o elemento más importante la voluntad procreacional del marido o conviviente de la mujer que la intervención de un donante para suplir carencias o deficiencias que impedían la procreación natural. Lo que a nadie puede suplir, en estas técnicas, es el acto de voluntad de la pareja - casada o en unión libre - o de la mujer sola. El hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca, causa suficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera nacido.¹⁶⁹

Al finalizar la importancia de la voluntad, tanto en la procreación natural como en la artificial, se considera que la atribución de la paternidad, en la concepción natural y tradicional, ha sido justificada en función de la responsabilidad del hombre, deducida a su vez de la voluntariedad del acto necesario.

¹⁶⁸ BENDERSKY, M., "La genética actual y el Derecho de Familia", en *Rev. Topia* N° 37 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, diciembre, 1987, p. 29.

El elemento decisivo sería la voluntariedad. La atribución de la paternidad se ha fundado sobre la responsabilidad de la penetración del hombre en la mujer. Esta penetración ha sido vista como un hecho voluntario del hombre, haciendo depender de tal voluntariedad la responsabilidad y, por tanto, la paternidad. La atribución de la paternidad está en función no sólo de la derivación genética sino, también, de la voluntariedad del acto necesario para que pueda tener lugar la transmisión genética. Por tanto, es coherente en la atribución de la paternidad, en los casos de fecundación artificial, considerar como esencial para la atribución, nuevamente, el elemento voluntariedad por parte del hombre.¹⁷⁰

Lo esencial de esta procreación, a través de la FIVTE, se encuentra en la voluntad del que quiere ser y sentirse padre a pesar de sus impedimentos o carencias fisiológica. Existen, sobre la realidad biológica, otros elementos del concepto de paternidad: intencionalidad y responsabilidad.

Por su parte, el Informe Warnock, en su Recomendación N° 51, señala que:

“Los niños concebidos por IAD deben ser contemplados por la Ley como hijos legítimos de sus madres y de los maridos de éstas cuando ambos hayan presentado su consentimiento al tratamiento”, y en la Recomendación N° 54 indica que:

“La ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre”.

¹⁶⁹ RIVERO HERNANDEZ, F., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”, op. cit., p. 146.

¹⁷⁰ VERCELLONE, P., “La fecundación artificial”, en *Politica del Derecho* N° 3 XVII, Italia, septiembre 1986, p. 390.

El Informe del CAHGE, del Consejo de Europa, en su proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial, en 1984, decía en su artículo 9.1.:

(...) "si la mujer estuviese casada, el cónyuge será considerado como padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrá disputarse la legitimidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial.

En el caso de la pareja no casada, el compañero de la mujer que hubiese consentido no se le permitirá oponerse a la institución de los derechos y deberes paternos en relación con el niño, a no ser que pruebe que el niño no nació como resultado de la procreación artificial".

El Informe del Comité de Expertos sobre los Progresos de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) del Consejo de Europa coincide con lo establecido en el Informe del CAHGE en su Principio 15.

En las Proposiciones de Ley presentadas en el Parlamento italiano se considera fundamental el consentimiento de ambos integrantes de la pareja, sea ésta matrimonial o unión libre, pues dicho consentimiento determina la paternidad, al entenderse que el nacido es hijo del hombre que ha manifestado la voluntad de que su mujer sea fecundada con semen de un donante.

La Ley del Estado de Victoria (Australia) de 1984 "Status of children Amendment" sobre el status del hijo nacido por estas técnicas, considera que el marido que consienta en que a su mujer se le practique una FIVTE con donante, será considerado como padre del hijo que nazca.

Tanto el Informe del Congreso de los Diputados como la Proposición de Ley por el Grupo Socialista al Congreso de los Diputados sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre estas materias, han considerado el consentimiento del marido o compañero de la mujer, para que se le practique una FIVTE (con donación o sin ella), como un elemento constitutivo de la filiación y de atribución de la paternidad.

Este reconocimiento debe reunir los requisitos de expresión libre, consciente y formal señalados en los artículos 2.2 y 6.4. Por tanto, la atribución de la paternidad nace del consentimiento prestado por el marido y del consentimiento y reconocimiento prestado por el varón de la pareja.¹⁷¹

De esta forma, cabe aclarar que en relación a la situación y trascendencia jurídica del donante hay distintas posiciones en la doctrina, que van desde una interpretación genetista extrema de las normas de filiación denominada *principio de la verdad biológica* - padre es aquel que transmite la herencia genética y, por tanto, el donante del semen fecundante es el padre - hasta posiciones que consideran más relevante la decisión del varón que decide el nacimiento de una criatura denominado *principio de la voluntad procreacional* - por estas técnicas -, porque desea tener un hijo, aunque no pueda aportar sus genes. Sería una decisión más trascendente que la aportación del semen de un donante a un centro especializado. En la primera posición se señala que en la fecundación artificial el acto que hace posible la concepción es la donación de semen por parte de un

¹⁷¹ DIAZ-AMBRONA, M.D., "Determinación de la paternidad en la llamada filiación asistida", comunicación para el grupo Hacia un nuevo Derecho de Familia para el Congreso Mundial de la F.I.D.A., 1989, mecanografiado y sin numeración

tercero, que constituye el inicio del proceso vital. El donante ha realizado actos inequívocos idóneos para hacer posible la concepción, por lo que debe soportar las cargas correspondientes y a él van, en consecuencia, atribuidos los derechos-deberes que deriven de la generación.¹⁷²

DELGADO ECHEVERRÍA señala que la intención ha sido siempre y es, por sí, irrelevante para excluir la paternidad y no ha de tener en este caso mayor efecto que la misma voluntad en la relación sexual casual y anónima con mujer desconocida.¹⁷³

Hay quienes afirman que si bien es cierto que en la atribución de la paternidad en la fecundación natural es irrelevante la intención - querer o no querer ser padre -, la procreación ocurre, porque en el acto de reproducción natural se está efectuando el acto necesario para desencadenar la fecundación. En cambio, en la fecundación asistida con donante, el acto de donación de semen es insuficiente para provocar la fecundación; se requiere de la intervención de un tercero - médico - para que escoja la receptora idónea (desconocida para el donante en todo momento) y luego realice la fecundación en una placa de laboratorio. En la reproducción asistida, el acto de dación de semen no es suficiente para provocar la efectiva fecundación, sino que la voluntariedad y el determinismo de un tercero (médico especialista) hace depender la potencialidad fecundante del gameto donado, escogiendo la receptora idónea.

¹⁷² ALIETTA, T., "Fecundación artificial: problema y prospectiva", en *Quadrimestre I*, Italia, 1986, pp 48 y 50

¹⁷³ DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", op. cit., p. 212.

Al analizar el concepto de paternidad, se considera que éste es algo más rico y complejo que la mera aportación gratuita de semen para una FIV anónima, en un centro especializado donde se aplica a una mujer, desconocida para el donante, quien no sabe si llegará a usarse, que no desea ser padre y se desentiende del destino de su aportación. Se señala que, al estar ajeno el donante al empleo que se hace de su donación, jurídicamente no debe ser responsable de la paternidad, porque falta el elemento de autorresponsabilidad de los actos socialmente relevantes. Otra cosa sería si el productor de semen lo hubiera dirigido a una mujer determinada.¹⁷⁴

Al respecto, se distingue entre una donación a una mujer determinada y un aporte de semen indeterminado. En el caso de la donación de semen a una mujer determinada, la voluntad del hombre es idéntica en el contenido a la quien quiere unirse por la vía natural con una mujer para tener un hijo. Incluso la específica voluntad de fecundar es todavía más evidente que en la relación sexual, porque falta la voluntad de unión sexual y sólo existe, propiamente, la voluntad de fecundar a aquella mujer. En la segunda hipótesis (voluntad de entregar el semen para que otro haga el uso que quiera), el hombre no quiere un hijo para sí y tampoco lo quiere de una mujer determinada; su voluntad queda plenamente realizada, aunque su donación no sea utilizada. En conclusión, la atribución de la paternidad por la voluntad del hombre parece evidente en el primer caso; en cambio, en la segunda hipótesis se duda de la suficiencia del elemento subjetivo, que se limita a la

¹⁷⁴ TRABUCCHI, A., "Procreación artificial y genética humana en la perspectiva del jurista", op. cit., pp. 497 y ss.

aceptación de la eventualidad de que, por decisión de otro, su semen sea usado para fecundar a la mujer también elegida por otro.¹⁷⁵

El Proyecto preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las Técnicas de Procreación Artificial del Consejo de Europa (CAHGE), en su artículo 2.2, establece que: "Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra el niño".

El Informe del Comité de Expertos sobre los Progresos de las Ciencias Biomédicas (CAHBI), del Consejo de Europa, en su Principio 15.2, dice: "Si las condiciones establecidas en los principios pertinentes han sido respetadas, ningún lazo de filiación entre los donantes de gametos y el niño concebido por procreación artificial puede establecerse. Ninguna acción de alimentos puede intentarse contra el donante o por éste contra el niño".

El Informe Palacios recomienda que: "Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad" (Recomendación N° 50).

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista recogió esta recomendación en el artículo 5.3. de la Proposición. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida señala que el hijo nacido por una fecundación asistida con donante, no establece ninguna relación paterno-filial con éste. Dice el artículo 8.3: "La

¹⁷⁵ VERCELLONE, P., "La fecundación artificial", op. cit., pp. 390 y 392.

revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda con arreglo al artículo 5º, apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación”.

Se puede concluir que la verdad biogenética, establecida en la reforma de 1981 del Cód. Civil español sobre filiación, encuentra una excepción en la reproducción humana asistida, donde se parte de la falta de responsabilidad del donante por la ausencia del acto de reproducción natural con la receptora del gameto fecundante. Se dona el semen a un centro especializado y no a una mujer determinada.

La atribución de la paternidad, en la fecundación natural, nace del elemento genético y de la responsabilidad masculina en la procreación, al haberse realizado el acto necesario para desencadenar ésta. En la fecundación asistida, dicha atribución nace de consentimiento prestado por el marido para que se realice una FIVTE a su mujer o del consentimiento y reconocimiento prestado por el compañero.

En resumen y concluyendo podemos afirmar que las posturas anteriores tienen como base la doctrina que afirma que es la voluntad procreacional la que debe prevalecer en los casos de paternidad controvertida, como si ésta fuera la letra o el espíritu de la Ley.

Creemos que dicha doctrina descansa sobre una base falsa. El lazo filial no depende del consentimiento del marido, sino de la realidad biológica y ontológica

Es verdad que el reconocimiento del hijo extramatrimonial, constituye una manifestación de voluntad que produce consecuencias jurídicas en el derecho de familia, como ocurre también en los actos que integran la posesión de estado filial, toda vez que implican un reconocimiento tácito de esta relación de parte de los padres putativos. En

casos como el perdón del adulterio de la esposa y a la admisión del hijo ajeno, concebido antes del matrimonio, admitimos también que el no ejercicio de las acciones de impugnación implica, lógicamente, la voluntad de asumir la paternidad de ese hijo, a pesar de la ausencia del nexo biológico, pero todas estas manifestaciones de la voluntad, a pesar de sus efectos legales son, a nuestro entender, solo *fenómenos metajurídicos*, es decir, se dan en la realidad, pero no porque hayan sido admitidos por el derecho como fuente legítima de la paternidad. En realidad, los únicos títulos reconocidos hasta ahora por la mayoría de los códigos latinoamericanos, son los previstos en el art. 240 del Cód. Civil argentino, al dispones que *"la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción"*. No hay lugar, pues, para la *voluntad procreacional*.

La voluntad que aprovecha las vías legales del reconocimiento - tácito o expreso - o que no recurre a las acciones de impugnación, dejando que operen las presunciones, no es una voluntad reconocida por el derecho como fuente formal de la filiación. Tanto es así, que el hijo o los terceros, cuando la ley lo autorice, pueden impugnar y desplazar este tipo de filiación originada en la sola voluntad, sin ningún apoyo genético.

Fuera de la adopción, la filiación humana está basada, pues, en la aportación del material genético con el que se produce la fecundación. El reconocimiento de un hijo que no es propio, o el no ejercicio de las acciones de impugnación, aceptando la imputación de un vínculo paterno-filial que no concuerda con la verdad de sangre, pueden producir provisional o definitivamente dicha relación frente a la sociedad y ante el derecho, pero sólo porque éste último considera que la acción o la omisión respectivas, implican la admisión de un lazo biológico entre las partes, aunque éste, en realidad, no exista.

Así, la voluntad, en realidad, sólo tiene relevancia como confesión del nexo biológico, es decir, como prueba calificada, pero no como título o fuente de la filiación. Tanto que, al inscribir el nacimiento de un hijo matrimonial, basta que uno de los cónyuges comparezca e invoque el vínculo matrimonial, para que el otro sea anotado como padre registral, por disposición de la ley, aplicando la presunción que favorece a los hijos matrimoniales, sin tomar en cuenta para nada la voluntad del cónyuge ausente.

Por lo tanto, la aportación del material genético, como fuente objetiva de la filiación desvinculada totalmente de la voluntad, por criticable que parezca, no sólo garantiza al hijo la seguridad de identificar siempre el vínculo de parentesco, sino que permite resolver todas aquellas hipótesis que la teoría de la voluntad procreacional no pudo explicar. De esta forma, no se podrá negar la paternidad ni impugnar la responsabilidad derivada del nexo biológico, porque iría contra los intereses de la criatura, la víctima mayor, sino, simplemente, reclamar los daños y perjuicios que este vínculo no deseado traiga consigo.

Sin embargo, lo dicho no debe interpretarse como la asunción de una postura extremista del principio de la realidad biológica a toda costa, utilizando para ello las pruebas biológicas y determinar con precisión creciente cuál es el elemento causal del embarazo.

Es necesario aclarar que hoy existe una nueva realidad: es posible la procreación sin necesidad de relación íntima alguna, y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético. Ésta no es la filiación que conocíamos.

No obstante, el acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y material de la filiación, puede ser más notable que muchos nacimientos productos de un proceso natural, particularmente los no descados o los resultantes de una violación. En este sentido, ante la importancia de una nueva realidad surge la necesidad de crear categorías jurídicas también nuevas en el moderno derecho de familia, como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno-filial, aun en ausencia del elemento genético, tal y como ocurre en la adopción, porque las nuevas técnicas de reproducción asistida sólo tienen a la voluntad como punto de referencia.

Aún cuando ésta no sea la interpretación del derecho vigente, la voluntad es un elemento importante; conviene entonces orientar en este sentido una futura regulación jurídica de protección del menor nacido por estas técnicas de reproducción asistida. Por lo anterior, la determinación de la paternidad respecto de la fecundación *in vitro* heteróloga quedaría como sigue:

1. El hijo nacido de inseminación heteróloga, o de fecundación *in vitro* con óvulo de la mujer casada o en *unión libre* y semen de un donante, debe ser considerado, conforme a una legislación proteccionista en favor del menor, como hijo matrimonial (si los padres legales conforman un matrimonio) o como hijo natural reconocido (si los padres legales conforman una pareja fuera del matrimonio), con la imposibilidad para las partes (padres legales unidos en matrimonio o fuera de él y donante) de probar el auténtico nexo biológico paterno para impugnar la paternidad, así como el ejercicio de las acciones de desconocimiento de la misma.

La paternidad del marido de la madre se apoya en su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento fecundante, y esta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico como origen del lazo paterno-filial. Aún cuando concurre la introducción del material genético de un tercero, se observa una voluntad conjunta - la de ambos cónyuges - aunque falseada, destinada a suplir la imposibilidad biológica del marido y dar origen a una nueva vida, de donde se desprende una "responsabilidad procreacional", o sea, "la asunción consciente de la paternidad". Esta responsabilidad nace de haber querido que la mujer conciba; por lo que el consentimiento del esposo tendría la categoría de acto jurídico familiar.

2. Este acto jurídico familiar debe quedar probado mediante un documento escrito en el cual el cónyuge o pareja de la madre biológica estuvo de acuerdo en realizar este procedimiento. De esta forma la "voluntad procreacional" queda acompañada a la *responsabilidad procreacional* derivada del mero hecho biológico de la procreación, como el complemento indispensable para que la paternidad cumpla sus fines humanizadores, y para que los padres protejan y eduquen a sus hijos con amor - aunque siempre egoísta -.

3. Una vez formalizado el acto jurídico familiar, la relación paterno-filial podrá quedar sujeta a las normas establecidas por nuestro Cód. Civil mexicano; es decir, surtirán efectos todas las consecuencias jurídicas derivadas para los hijos nacidos de matrimonio. Cuando la relación paterno-filial se establece como fuera del matrimonio, ésta se derivara del reconocimiento que, como acto formal, para su validez deberá hacerse de alguno de los modos establecidos por nuestro Código Civil.

4. El dador de semen renunciará formalmente a la paternidad. Su identidad quedará en secreto en tanto no sobrevengan circunstancias imperantes que hagan necesario revelar al niño su verdadero origen. Esto no con el afán de proteger un supuesto derecho a la intimidad del donante sino en razón de una protección al equilibrio psicológico del niño; a quien se le deberá revelar su origen a una edad madura y/o por circunstancias preponderantes.

Las bases que nos hemos atrevido a proponer surgen en función de resolver el problema de la forma más benéfica para el hijo en cuanto a su situación jurídica, que entre nosotros, no toca aún ninguno de estos supuestos pero, que al ser una realidad no puede quedar en un vacío jurídico. Proponemos que el hijo quede al cuidado de quien lo quiera, que será el que mejor lo proteja; ése será el primer obligado en mantenerlo, cuidarlo y educarlo, ejerciendo sobre él la patria potestad. En este sentido, concluimos que el cónyuge o la pareja de la madre biológica que ha manifestado su voluntad de asumir el rol paterno de un hijo que sabe con seguridad que no es obra suya, o el marido que no quiere impugnar la paternidad del hijo a él atribuido, no obstante estar seguro de su imposible procreación debe prevalecer frente a la sola aportación genética del donante, que no busca ni desea al hijo.

Conforme a lo anterior, hemos establecido las bases anteriores orientados por algunas de las disposiciones latinoamericanas en materia de filiación; v.gr. el Código de Familia Boliviano, que niega al marido la acción de desconocimiento si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del mismo (art. 187). El Código de Familia de Costa Rica, dispone que "*la inseminación artificial con*

esperma del marido o de un donante con el consentimiento de ambos esposos, resulta similar a la cohabitación a los fines de filiación y la paternidad, no adquiriendo el tercero ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades”.

En México, la Ley General de Salud dice, brevemente, en la última parte del art. 466, que “*la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge*”, aún cuando no especifica el tipo de inseminación, ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad.

b) La determinación de la maternidad, hasta la aparición de la fecundación *in vitro*, no presentaba problemas. Imperaba el principio de que la maternidad era un hecho cierto - *mater semper certa est* - y se determinaba legalmente por el hecho del parto, debidamente acreditado y por la identidad del hijo. La aplicación de la regla *partus sequitur ventrem* suponía que existía una coincidencia entre la mujer que aporta un óvulo, la que sobrelleva el embarazo y la que da a luz. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de junio de 1979, conociendo el caso *Marckx*, indicaba que la maternidad del niño debía quedar determinada con facilidad desde el momento mismo del nacimiento.

Con la fecundación *in vitro* con donación de óvulo y posterior implantación de embriones en el útero de la mujer que dará a luz a la criatura, se presenta el problema de la determinación de la maternidad por la prueba del parto: ¿quién es madre: la mujer que aportó el óvulo (madre genética) o la que recibe el embrión, llevó a cabo el embarazo y parió al niño (madre gestante)?

Si las aportaciones biológicas de ambas mujeres en la reproducción son fundamentales... ¿qué sentido tiene definir la madre legal si puede que concurren tanto en la gestante como en la que aporta el óvulo el deseo de ser madre y de asumir las responsabilidades inherentes a la maternidad? Todas estas interrogantes serán analizadas en el capítulo IV correspondiente a la maternidad subrogada.

CAPITULO CUARTO. MATERNIDAD SUBROGADA.

1. IDEAS GENERALES.

La maternidad subrogada es la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida, debido a los problemas de carácter ético-jurídico que plantea.

SOTO LAMADRID considera que cuando la infertilidad femenina, que puede definirse como *la patología propia de la mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal*, no puede ser combatida por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar y, en ocasiones, cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética, hija de la "necesidad".¹⁷⁶

ZANNONI sostiene que "se advierte a la maternidad subrogada (del inglés *surrogate motherhood*) o *gestación por cuenta de otro*, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez

¹⁷⁶ SOTO LAMADRID, M A , "Biogenética, fibación y delito", Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1990, p 316.

nacido, entregarán - gratuitamente o por un precio - al matrimonio constituido por el donador de semen y su esposa".¹⁷⁷

Por lo anteriormente expuesto, cabe hacer la siguiente distinción: en el primer caso, se habla propiamente de maternidad de gestación, ya que en el segundo, se trata propiamente de maternidad subrogada o de sustitución; la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues es ella quien aporta el óvulo que es fecundado con el esperma ajeno, es decir, se trata de una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que éste ha nacido, la madre cede su custodia al padre y, además, renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo, de tal forma que la esposa del padre pueda adoptarlo.

Sin embargo algunos señalan que la verdadera maternidad subrogada presupone que "el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación".¹⁷⁸

El término "maternidad subrogada" viene de la traducción de la expresión inglesa "subrogated motherhood". También se denomina esta figura como maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler del útero. Esta última denominación se considera inadecuada, porque la mujer gestante compromete todo su organismo durante el embarazo y no sólo el útero.

¹⁷⁷ ZANNONI, E., Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, octubre de 1987.

¹⁷⁸ IBIDEM.

Puede recurrirse a la maternidad subrogada *lato sensu* en los siguientes casos:

- cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y útero;
- cuando la mujer de la pareja es estéril, por anomalías en el útero, pero tiene ovarios normales;
- cuando la pareja es estéril por anomalías o taras genéticas;
- cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación *in vitro* de un óvulo de ella y espermatozoides de su marido;
- cuando una pareja de hombres/mujeres homosexuales o un(a) hombre/mujer solo(a) en el primer caso insemina artificialmente a una madre subrogada con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo o, en el segundo caso, una de las mujeres admite ser inseminada con el espermatozoides de un donante y se transfiere el óvulo fecundado a la gestadora.

Algunos consideran que la maternidad subrogada no es un fenómeno totalmente nuevo y que el elemento innovador sólo sería la utilización de una fecundación asistida. Habría ahora, dicen, una versión sofisticada de antiquísimas costumbres ligadas a la esclavitud "o a la opresión de las clases inferiores o trabajadoras por las que unas mujeres servían a otras para proporcionarles la descendencia que su esterilidad les impedía"¹⁷⁹.

Se considera que la maternidad subrogada bien podría tener un precedente en las amas de cría, y que ahora se pretendería prolongar la industria al ciclo completo incubando en su seno el "ama de crías *avanta la lettre*" un óvulo fecundado de la señora -

¹⁷⁹ MORO ALMARAZ, M.J., "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*", tesis doctoral, Salamanca. 1986. P. 260, y

el embrión - hasta que llegue a término y nazca el infante. Una cómoda manera de tener hijos sin embarazo.¹⁸⁰

Al respecto, agencias norteamericanas de madres de alquiler especializadas en reclutar mujeres, ponerlas en contacto con solicitantes y preparar el contrato de subrogación, utilizan como publicidad de sus servicios algunos pasajes de la Biblia que se encuentran en el Génesis. Concretamente, los relativos a la forma de concepción y nacimiento de Ismael y la utilización que Raquel hacía de su esclava para tener un hijo de Jacob.¹⁸¹ Dice uno de los anuncios: "Sarah, mujer de Abraham no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Agar y Sarah le dijo a Abraham: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella... Y Agar le dio un hijo a Abraham y éste lo llamó Ismael".¹⁸²

De éstos pasajes no se puede inferir la legitimidad de la maternidad subrogada y, mucho menos, la legitimidad de la comercialización del servicio, dado que estos hechos corresponden a otros contextos históricos. Sintéticamente expresado, eran épocas en las cuales la función fundamental de la mujer era parir hijos. La mujer que no era madre no cumplía con la función para la cual Dios la creó. Por supuesto, la situación actual es muy distinta, en la medida en que la mujer tiene un papel versátil en la sociedad que puede desarrollar en distintas formas. No sólo a través de la maternidad. Así, muchas mujeres modernas eligen, libremente, no tener hijos, para desarrollarse profesionalmente o porque

FERNÁNDEZ - PACHECO, M. T., "La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M.", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* Nº 5, año CXXXVII, España, mayo de 1988, p.651.

¹⁸⁰ LA CRUZ BERDEJO, J.L., "Hijos artificiales y madres de alquiler", *Diario ABC*, Madrid, 6 de mayo de 1987, p. 32.

¹⁸¹ CLARKE R., *Les enfants de la science*, Stock, París 1984, p.111.

consideran que los hijos limitan su libertad. Motivaciones éstas que pueden ser discutibles, pero que existen y se expresan en la cotidiana realidad.

La maternidad subrogada ha sido rechazada por ciertos sectores, debido a que puede constituir una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, favorecida por la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo.

Puede observarse, al respecto, que la mayoría de las mujeres utilizadas para la subrogación tienen escasos recursos económicos y bajo nivel de instrucción.¹⁸³

Parciera que el dinero es un factor importante a la hora de aceptar este "contrato", debido a que muchas mujeres lo hacen "como un recurso para mantenerse o mantener a sus otros hijos aceptando el único trabajo 'especializado' para el que sí están preparadas".¹⁸⁴

Se señala también, que con la maternidad subrogada se distorsiona la relación madre-hijo, puesto que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada con el objetivo de entregar al hijo después del parto. Si la mujer, durante el proceso de gestación se mentaliza para considerar que el embarazo es parte del "contrato", puede adoptar una actitud fría frente a la criatura. Esto le hará más fácil la entrega del niño después del parto,¹⁸⁵ pero el niño estará recibiendo un trato degradante, siendo asimilado a una mercadería, lo cual podría afectarlo psicológicamente. A la inversa, si la mujer tiene una

¹⁸² GÉNESIS 16 1-6 Y 30 1-24.

¹⁸³ FERNÁNDEZ-PACHECO, M T, "La maternidad subrogada en Norteamérica. la sentencia de Baby M", Op. Cit., 654.

¹⁸⁴ TABOADA, L., "La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fecundación in vitro", Icaria Editorial S.A., Barcelona, 1986, p.37

¹⁸⁵ WALLIS, C. "Los nuevos orígenes de la vida", en Rev. Time, USA: 10 de septiembre de 1984. Al ser entrevistada una madre subrogada señala que se está condicionando a sí misma para no ligarse demasiado al bebé por no ser de su marido. "No quiero verlo al nacer, tal vez, una fotografía más adelante"

relación normal con la criatura que gesta, se produciría lo que llaman los psicólogos una "maternidad sentimental". Es decir, habrá lazos muy fuertes entre gestante e hijo, los que serán cortados al entregar la mujer al niño después del parto, con el daño consiguiente para el desarrollo futuro de éste. En las dos situaciones posibles - y esto es casi sintomático - el niño recibe un serio daño psicológico.

Desde una perspectiva ética, se señala que no se puede aceptar la maternidad subrogada, porque hay una unidad de valor en la maternidad que aquí no se respeta, creándose una distorsión deshumanizadora.

En cualquier caso sostenemos que la maternidad debe ser desestimada, prohibida, porque comporta una grave lesión a la dignidad humana, especialmente cuando se realiza por medio de un contrato oneroso.

En la Comisión del Congreso de los Diputados de Madrid, la parlamentaria PELAYO DUQUE, citando a JACQUES ROBERT, indicó que no se puede aceptar la maternidad de sustitución, porque "ni la mujer es una incubadora humana ni el niño es una mercadería".¹⁸⁶

Los que aceptan la maternidad subrogada, lo hacen señalando que las personas adultas son libres para decidir su reproducción y que impedirles esta libertad de elección y decisión puede ser atentatorio a su derecho a la maternidad y/o paternidad. Desde un punto de vista médico, se ha explicado que las mujeres estériles tienen derecho a que les solucionen su problema y, como la primera labor de un médico es ayudar en lo que se

¹⁸⁶ ROBERT, J., "La révolution biologique en génétique face aux exigences du Droit", Actes Sud, Arles, 1985, citado por PELAYO DUQUE, M.D., Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión N^o 367, celebrada en Madrid, el 14 de noviembre de 1985, p.11175.

pueda para corregir esta patología, debe permitirse la maternidad subrogada ya que con ella se posibilita que sean madres mujeres imposibilitadas para ello. Al respecto, se señaló que, con este procedimiento, la mujer deja de ser estéril "a medias, porque tener un hijo que no ha sido llevado en el vientre es una solución parcial".¹⁸⁷

El Dr. EGOSCUE, en su informe presentado a la Comisión del Congreso de Diputados, señala que la maternidad subrogada nunca debe aplicarse por razones de comodidad y que sólo debe aceptarse en aquellos casos en que la mujer es incapaz de llevar adelante el embarazo. Agrega que sólo debe permitirse cuando se hace como una prestación desinteresada, sin que medie compensación económica.¹⁸⁸

Sin embargo, en los casos que se conocen y en los cuales ha mediado el factor solidario o el querer ayudar a una hermana, madre o hija, se producen problemas éticos y de identidad de papeles que ponen en tela de juicio la bondad de la técnica. En Francia podemos analizar el caso de dos hermanas gemelas, Magali y Christine, donde la primera sufre un accidente que la deja estéril. Christine decide ayudarla, aceptando ser inseminada con el semen del marido Magali - su cuñado - y gestar el hijo para, después del parto, entregárselo a Magali. Después de la entrega del hijo, Christine debe someterse a un tratamiento psicológico, pues no puede soportar la tensión que le significó el embarazo, sabiendo que tenía que entregar la criatura que llevaba en su vientre. En sus

¹⁸⁷ USANDIZAGA, J., Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº 346, celebrada en Madrid, el 23 de octubre de 1985, p 10652.

¹⁸⁸ EGOSCUE, J., Informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas del Congreso de Diputados, Madrid, 1985.

declaraciones, cuenta que llegó a odiar a su hermana gemela por toda esta situación.¹⁸⁹ En Italia una joven de veinte años se le implanta un embrión formado por fecundación *in vitro* con el óvulo de su madre y el espermatozoide del compañero de la madre. Una vez nacida la criatura "la hija portadora" se lo entrega a su madre, quien lo había encargado. Aquí se da la situación de que la joven que parió al niño es, al mismo tiempo, madre y hermana de la criatura recién nacida.¹⁹⁰ Y en Sudáfrica está el caso de Karen Ferreira, quien, por una histerectomía, no podía tener hijos. Su madre, Pat Anthony, acepta que se le implante un embrión formado por fecundación *in vitro* con el óvulo de Karen y el esperma del marido de ésta. Cuando nacen los trillizos, Pat Anthony era madre y abuela al mismo tiempo.¹⁹¹

Si bien en los casos descritos sólo ha mediado el deseo de ayudar, no se puede negar que, en todos ellos, se produce una arriesgada confusión de papeles. En efecto, si bien algunos adultos podrán asumir dicha confusión, ello es más dudoso en el caso de los niños. ¿Podrá comprender un niño que su abuela es la mujer que lo llevó nueve meses en su vientre y que luego se lo entregó a su madre-hermana sin sentir abandono o que ha sido regalado por su propia madre?

Como podemos apreciar las madres subrogadas (subrogate mothers) continúan suscitando alarmismo y perplejidad en la opinión pública: mujeres que, mediante pago o por altruismo, han llevado a término, por cuenta de terceros, la gestación de embriones

¹⁸⁹ DIARIO ABC, España, 1 de marzo de 1987, pp. 60 y 61

¹⁹⁰ DIARIO YA, Madrid, España, 27 de octubre de 1988, p. 20.

¹⁹¹ DIARIO EL PAÍS, 2 de octubre de 1987, p. 17 y *Rev. Interviu*, España, 3 de junio de 1987, pp. 74 y 75

fecundados *in vitro*, con óvulo y espermatozoides de otros comitentes; "madres de alquiler", que se han dado a la tarea de dar a luz un hijo a su propia hermana estéril, etcétera.

Por lo expuesto podemos afirmar que llevar a cabo la maternidad subrogada implica, en ciertos casos, una técnica de "ovo-donación", definida como la "transferencia directa de embrión-huevo de una donante a una receptora", en este caso pueden verificarse dos hipótesis:

a) las donantes son fecundadas con el semen del marido de la receptora mediante inseminación artificial: el embrión pertenece mitad a la donante, mitad a la pareja receptora;

b) el marido de la receptora también es estéril, de manera que la donante puede ser fecundada mediante la relación sexual con su propio marido: el embrión pertenece enteramente a la pareja donante. Las donantes son reclutadas en general en el ámbito familiar.

O bien, la maternidad subrogada se lleva a cabo como un contrato de gestación en el cual:

a) El embrión es fecundado por la pareja receptora e implantado por medio de inseminación artificial en el útero de la gestadora, para que lleve a su fin el desarrollo embrional y de a luz al hijo de la pareja receptora.

Así podríamos hacer la siguiente distinción:

1. Se llama madre por encargo o sustituta a la mujer que a título gratuito o mediante el pago correspondiente, proporciona el óvulo y lleva a término, por cuenta de terceros, la gestación del embrión fecundado *in vitro*.

2. Es madre portante o gestante la mujer que, ofreciendo su útero para la gestación, recibe la implantación de un embrión ajeno.

Por tanto, madre subrogada o substituta en sentido estricto es aquella que, además de ofrecer el útero para la gestación, participa también con la donación de su propio óvulo, por cuenta de la madre contratante.

En otro caso, se podría llegar hasta el número de tres madres para un mismo ser humano: la donante del óvulo, la donante del útero y la madre educadora. Las hipótesis de paternidad y maternidad cruzadas se multiplican en una serie indefinida de casos: paternidad genética y social (cónyuge o pareja fértil de la mujer contratante infértil y/o estéril), paternidad genética y no social (donante de esperma), paternidad social y no genética (cónyuge o pareja estéril de la mujer contratante).

Con todo esto surge entre juristas y científicos un animado debate en torno a la asunción del papel de padre y madre y de las responsabilidades consiguientes a la aplicación de esta técnica de fecundación. Es por ello que en los siguientes apartados trataremos de exponer una posible solución de carácter ético, moral y antropológico.

2. DEFINICIÓN.

La maternidad subrogada, como se ha reseñado, implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica en favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante. En esta definición no se incluye el caso en que la madre, además de alquilar su organismo aporta su óvulo, porque en esta situación se trataría de "una venta de hijo". Aquí la mujer es madre genética y biológica o de gestación.

Por otra parte, en los Estados Unidos de Norteamérica la forma más usada de maternidad subrogada es la de inseminación de la mujer con semen del hombre de la pareja contratante. Así, KEANE define maternidad subrogada como el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.¹⁹²

Por sobre esta definición de KEANE, la realidad indica que lo que existe es una venta de niño revestida con otra terminología para ser aceptada socialmente. Sin embargo, la mayor parte de los autores entiende que madre subrogada es una mujer fértil que acuerda, mediante "contrato", ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo, o que se le implante un embrión - formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante o formado

¹⁹² KEANE, N. y BREO, D., "The surrogate mother", en Everest House Publishers, New York 1981, p. 12

con los gametos de una tercera pareja - para procrear y/o sobrellevar y dar a luz a la criatura. Una vez nacido, la madre cede la custodia en favor del padre y renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera que la esposa del padre pueda adoptarlo.

Concluyendo, podemos dar la siguiente definición de maternidad subrogada:

Se trata de una "técnica de reproducción asistida por virtud de la cual una mujer, a título gratuito o mediante el pago correspondiente, ofrece el útero para la gestación de un embrión ajeno o bien, además de ello, participa también con la donación de su propio óvulo, por cuenta de la madre contratante y por consiguiente, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación". Otras posibilidades se dan a la inversa: una mujer que dona su óvulo o el propio embrión, para que la gestación la lleve a cabo la aspirante a madre.

3. EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA.

Una de las prácticas aberrantes de la FIVET es la llamada "maternidad subrogada", cuando el útero de la "aspirante a madre" ofrece malformaciones que imposibilitan el embarazo. Aunque no se descarta que esta práctica abra paso a encargos de maternidad, no ya por razones de imposibilidad biológica, sino por simple comodidad para evitarse una "gestación molesta". En los casos de maternidad subrogada habría que distinguir: a) simple préstamo del útero: la madre subrogada recibe en su seno sólo el embrión, mientras que los gametos proceden del matrimonio que "encarga" el hijo o de "otros donantes"; b) préstamo de útero y del óvulo: en este caso, la madre subrogada puede ser inseminada artificialmente con el esperma de un donante anónimo o del marido de la pareja que "encarga" el hijo; c) otras posibilidades se dan a la inversa: una mujer que dona su óvulo o el propio embrión, para que la gestación la lleve a cabo la aspirante-madre.

a) la donación del óvulo y del embrión.

Cuando la mujer de la pareja demandante no puede o no quiere proporcionar el óvulo (por ausencia de ovarios, defectos en los folículos de Graaf, o por padecer alguna enfermedad hereditaria, etc.) la FIVET permite recurrir a que otra mujer "done" su óvulo. Esta donación no es fácil. "La recogida del óvulo es algo mucho más complicado que la

recogida del espermatozoides, porque obliga a la donante a pasar por las mismas pruebas y riesgos que las pacientes de la FIVET¹⁹³

Otra situación es la donación, de una pareja a otra, del embrión. No es tampoco una empresa fácil desde el punto de vista médico. Se requiere la “sincronización fisiológica” de los dos organismos femeninos, de la donante y de la receptora, pues el embrión se desarrollará si el ambiente uterino está maduro y adecuado a su edad. Es posible provocar la sincronización de los ciclos de las dos mujeres con tratamientos hormonales. Otro recurso para superar esta dificultad es la crioconservación de los embriones, de modo que se pueden implantar en el momento que se den las mejores condiciones uterinas. Normalmente, dentro del ámbito FIVET, se hace donación de uno de los llamados “embriones sobrantes”. También se la alternativa de que se recoja el embrión de la donante con un “lavado uterino”. “Este método -comenta TESTART-, que permite el nacimiento anual de decenas de millares de terneros de alta calidad genética, ha sido ya profusamente utilizado en los Estados Unidos. Su riesgo, en relación a la FIVET, es que si el cigoto no ha sido absorbido con ocasión del lavado uterino, la tentativa puede terminar con la interrupción voluntaria de la gestación de la mujer donante¹⁹⁴

¹⁹³ FERNANDO MONGE cita a TESTART en *L'Œuf transparent*: “Persona Humana y procreación artificial”; Ediciones Palabra, Madrid 1988, p 98

¹⁹⁴ *Ibid*; p. 99.

b) El trasplante de embrión.

Desde el punto de vista meramente biológico, estos trasplantes de embriones son una "adopción prenatal", ya que el *nasciturus* no tendrá ninguna característica genética de los padres adoptivos.

El trasplante de embriones permite también tener descendencia a un matrimonio, cuando la gestación sea desaconsejable e imposible para la mujer, mediante el recurso a una madre subrogada que se encargue de llevar adelante el embarazo y el parto: los cónyuges constituyen los padres genéticos del niño, que tendrá además una "madre subrogada", a la que se contrata para que gaste y dé a luz. El procedimiento se ha venido utilizando en el caso de mujeres fértiles a las que - por abortos repetidos malformaciones uterinas, probable agravamiento de enfermedades, etc. - no está aconsejado el embarazo; pero, de generalizarse la técnica, podrían tener cada vez menos consistencia las razones invocadas (miedo al embarazo, prejuicios profesionales para actrices o modelos, etc).

El precio de mercado en Estados Unidos de una "madre de alquiler" oscila entre los 5,000 y los 20,000 dólares. En Gran Bretaña, algunas agencias cobran hoy 30.000 dólares, de los que 12,000 son para la madre gestadora y 18,000 para ellos. Sin embargo, en el Reino Unido fue prohibido en 1985 el recurso al "útero subrogado" como práctica comercial, aunque se sigue llevando a cabo clandestinamente.¹⁹⁵ Para ello los legisladores tuvieron en cuenta que la "maternidad subrogada" plantea complejos problemas jurídicos (filiación del hijo, responsabilidades de la madre de sustitución) y psicológicos (vínculos

¹⁹⁵ Ibid. FERNANDO MONGE cita la revista "Nature", p. 100

sentimentales que crea en la madre sustituta, obligada a entregar el hijo a sus padres genéticos).

c) El discutido caso de las "madres subrogadas".

El caso de "Baby M" plantea una sentencia discutida; éste es conocido también como el caso Whitehead vs Stern. En marzo de 1987, el juez Harvey Sorkow, del condado de Bergen (Nueva Jersey), dictó sentencia sobre el caso de *Baby M*, la niña que hace un año nació de una madre subrogada contratada por un matrimonio sin hijos que quería descendencia. William y Elizabeth Stern habían recurrido, a través de una agencia, a los servicios de Mary Beth Whitehead, para que les gestara un hijo concebido por inseminación artificial con el esperma de William. La madre sustituta se comprometió a entregar a la criatura, una vez nacida, a los Stern, que le darían entonces el precio convenido: 10.000 dólares. Pero, después de dar a luz una niña y ponerla en manos del matrimonio contratante, Mary se llevó de nuevo a la niña y devolvió el dinero recibido. Los Stern la denunciaron a los tribunales por incumplimiento de contrato, y comenzó así un largo litigio entre los padres legales y la madre biológica.

Al final, el juez le dio la razón a los Stern, considerando que serán para *Baby M* mejores padres que Mary Whitehead y su marido. La madre subrogada era, en ese entonces, una mujer de 29 años, casada con un empleado de los servicios de limpieza del Ayuntamiento, ambos tienen otros dos hijos de edad escolar. Los Stern pasaban ya de los 40, tienen grados académicos de doctor - él bioquímico, y ella, pediatra - y disfrutaban de una situación económica desahogada. Basándose en estos datos, el magistrado ha considerado que "con los ingresos y la educación médica de la señora Stern y los

conocimientos científicos de su marido, la salud de la niña no correrá peligro". Por lo que concedió la custodia al matrimonio contratante.

En cambio, los Whitehead, según e parecer del juez Sorkow, eran una pareja problemática. Además de que, por su condición social, podrían ofrecer menos comodidades a *Baby M*, dejan que desear en cuanto a garantías psicológicas. Mary Whitehead abandonó la escuela antes de terminar sus estudios y se casó muy joven. Es de un carácter difícil, según el juez, quien en la sentencia la describe como "*manipuladora, impulsiva y explotadora, una mujer sin simpatía*". Su marido Richard parece haber tenido problemas de alcoholismo.

Como podemos apreciar, el juez ha tratado el caso como un litigio sobre la custodia de la niña, sin entrar al fondo del asunto: la licitud o ilicitud misma de los contratos de maternidad subrogada. En ningún momento cuestiona las consecuencias de permitir que una mujer gaste, a cambio de dinero, un hijo para una pareja estéril. Pero es que ni siquiera es éste el caso de los Stern. Elizabeth podría haber concebido ella misma a *Baby M*, solo que un principio de esclerosis que se le había diagnosticado tal vez le habría ocasionado, a su edad, algunos problemas adicionales durante el embarazo. Los Stern podrían haber tenido hijos propios mucho antes, pero decidieron no tenerlos hasta que ella se hubiese establecido profesionalmente, pues los desvelos que exige la maternidad habrían dificultado su carrera. A pesar de ello, el juez cree que Elizabeth y su marido cuidarán mejor de una niña que no han querido tener hasta que les ha convenido.

Por otra parte, es cierto que Mary, más experta en maternidad, se encariñó con la bebé que ella misma dió a luz; pero ella y su marido habían decidido no engendrar más

hijos, y así Richard se había sometido hacía tiempo a una operación de vasectomía. El hogar de los Whitehead ofrecería a *Baby M* la compañía de unos hermanos y probablemente más calor humano que el apartamento de los Stern; pero en él también se había condicionado la llegada de más hijos. Y, en definitiva, no se puede negar que Mary había aceptado el contrato para dar una satisfacción a un matrimonio que quería descendencia... y por el no tan altruista motivo de obtener 10,000 dólares.

El juez Sorkow ha sido comparado con Salomón, que también tuvo que decidir entre dos madres que reclamaban el mismo hijo. Pero la tesitura del rey sabio era distinta, pues él se encontraba ante dos mujeres de las que sólo una, necesariamente, era la verdadera madre del niño. Mientras que el magistrado de Nueva Jersey se enfrentaba a una madre biológica y dos padres legales de los que solamente uno es también padre genético. Si hubiera tenido que entregar a *Baby M* a sus padres, el Juez Sorkow tendría que haber dado la custodia de la niña a Mr. Stern y Mrs Whitehead. Claro que, en ese caso, Mr. Whitehead y Mrs Stern habrían quedado súbitamente desparejados.

Lo único claro es el absurdo que se deriva de una decisión por la que el niño es convertido en una especie de mercancía susceptible de contratación e intercambio. Cuando el hijo se supedita a las conveniencias, mejor o peor intencionadas, de los padres, se le despoja de su dignidad humana - el merecer ser querido por sí mismo, incondicionalmente -, y se inicia un sinnúmero de consecuencias sin sentido en la que no cabe ningún arreglo legal sensato. En el caso de *Baby M*, ambas partes en litigio anunciaron que recurrirían si la sentencia no les era favorable. La madre biológica va a cumplir su promesa, y está dispuesta a llegar al Tribunal Supremo, si era preciso. Pero no

se puede esperar que las sucesivas revisiones del caso den lugar por fin a una sentencia salomónica, porque tal cosa es probablemente imposible. Y es que Salomón habría empezado por prohibir la maternidad de alquiler.¹⁹⁶

A continuación resumimos los pasajes más significativos del reportaje de Anne Taylor Fleming, publicado en el "New York Times Magazine" donde se muestra el ambiente tan crudo en que se negocian los contratos de maternidad subrogada:

"El sábado anterior a la semana en que concluyó el juicio de *Baby M* en Nueva Jersey, fui a visitar a Noel Keane, el abogado que redactó el contrato objeto del juicio. Estaba al frente del negocio: su lujoso estudio de dos pisos en Dearborn (Michigan) estaba lleno de potenciales madres de alquiler, muchas de ellas con sus maridos y sus niños, y de matrimonios estériles que acudían a "examinar a las candidatas".

A cada uno de estos elegantes matrimonios, llegados de Nueva York y hasta de Texas, se les asignaba una habitación por las que pasaban las distintas madres de alquiler, exaltando su fertilidad y mostrando a sus hijos como las pruebas vivas y gritonas. "Observaba a estas madres de alquiler, mujeres jóvenes, que entraban y salían de la habitación, con sus mejores trajes. Volvían del coloquio llenas de esperanza o humilladas, según el resultado; y los maridos o convivientes se adecuaban a su humor o intentaban animarles. "Mírela, por favor, mírela" - decía un joven, sonriente a su graciosa y joven compañera, y al pequeño hijo natural de 8 meses - En cuanto quede embarazada le procuraré todos los cuidados, pero para nosotros el niño no significa absolutamente nada:

¹⁹⁶ Cfr. "Aceptensa, Madrid, 8 IV, 1987, 51/87

será como ocuparse durante nueve meses del auto de un vecino. Lo hacemos por dinero, es una transacción. Nosotros lo vemos así”.

Noel Keane y su asistente entraban silenciosos, como las sombras de las madres de alquiler, para hablar con los matrimonios y comprobar si había negocios a la vista: en el año de 1986, el “negocio” le rentó 600,000 dólares. “Una mañana desacomodadamente “accidentada”, me explicaron: una de las aspirantes a madre de alquiler resultaba quizá un tanto “vistosa”; otra un poco “primitiva”, según uno de los matrimonios; otra - divorciada con dos hijos, y con trabajo - no daba la impresión de estar muy decidida y daba claros síntomas de melancolía”.

“Justo es mañana había una candidata que prometía: Lisa Spoor, 24 años, hija de abogado, divorciada y madre de dos hijos, camarera en un hotel donde ganaba 8,000 dólares al año. Quiere la tarifa de 10,000 dólares, prevista para la maternidad de alquiler, para poder mandar a sus hijos a un colegio privado. Noel Keane la sigue de habitación en habitación: “¿Qué les parece?”, pregunta, dando hábilmente prisa a los matrimonios para que no tarden mucho en decidirse: otros se les podrían adelantar y “quitársela””. De hecho, a Lisa se la “quedó” enseguida un matrimonio de Nueva York, Gregory y Kathleen Zaccaria, dos jóvenes profesionales de unos treinta años, que juntos ganaban 100,000 dólares al año. Por el “servicio” de Lisa Spoor pagaron 10,000 dólares. Dicha cantidad fue confiada a una tercera persona hasta que Lisa diera luz a la criatura. Además de los 10,000 dólares a Lisa, pagaron otros 10,000 a Noel Keane por los servicios prestados, más 5,000 en concepto de seguros y gastos médicos.

Según el contrato, el padre es responsable de los posibles defectos genéticos del niño. Los Zaccaria acuerdan que la madre abortará si su vida resulta en peligro o si el feto es anormal. "Mientras redactan los documentos, después de un coloquio de 45 minutos, sus rostros se encienden: no es difícil notar su emoción, como tampoco lo es comprobar que la diferencia entre los ingresos de las dos familias es de 92,000 dólares". El tema que pende amenazador en el estudio de Noel Keane es, obviamente, el caso de Mary Beth Whitehead, la madre de alquiler que cambió de idea y que intentó no sólo quedarse con el niño, sino denunciar al abogado por no haberle aconsejado como debía. "Su nombre infecta como un fantasma el reino de Noel Keane, hasta tal punto que todas las madres de alquiler proclaman orgullosamente y con énfasis que ellas, eso no lo harán nunca, que nunca intentarán quedarse con la criatura; que ellas son de mejor pasta, más honestas. "Ningún problema - me dice Lisa Spoor -. Lo hago por el dinero en primer lugar, pero también para ayudar al prójimo. Lo único que no quiero es ver al niño después del parto, porque ése es el momento en que una se encariña, y yo no quiero quedármelo".

El texto de los derechos y deberes del "contrato de maternidad subrogada" entre Mrs. Whitehead y Mr. Stern es escalofriante; es sin duda todo un contrato leonino. Mary Beth Whitehead confesó que se sometió al contrato que le obligaba a la maternidad subrogada sin conceder demasiado interés a las condiciones. Ella ha pagado las consecuencias de ese acto en su persona y en su familia. Pero más culpables son los gobernadores, legisladores y tribunales que permiten ese tipo de contratos - así lo señalaba Murray Kempton en el "New York Times", 17-III-1987 -.

La crudeza y frialdad de este escandaloso contrato distribuye los derechos y deberes de las partes contrayentes como sigue:¹⁹⁷

A) A Mary Beth Whitehead, o como escribió el Dr. Lee Salk, del "Infertility Center", "útero sustitutivo":

Derecho: 10,000 dólares que serán depositados en una cuenta provisional del "Infertility Center".

Deber: "Asumir todos los riesgos, muerte incluida".

B) A William Stern, padre natural, o como Mary B. Whitehead llama "donante de esperma":

Derechos: 1) los intereses de la cuenta de espera; 2) cese del contrato, sin compensación para Mrs. Whitehead, si el niño se malogra en los primeros cinco meses; 3) control sobre el feto en cualquier momento, entre las semanas 16 y 20 del embarazo; y posibilidad de recurrir al aborto, a petición de William Stern, si se detectan "anomalías fisiológicas".

Deberes: 1) pagar a Mrs. Whitehead 1,000 dólares si se le exige abortar después del cuarto mes; 2) pagar todos los gastos médicos no cubiertos por el seguro de Mrs. Whitehead; 3) pagar 7,500 dólares al "Infertility Center" por las gestaciones administrativas y otras tareas evidentemente menos arriesgadas que las que hacen cobrar a Mary B. Whitehead una tarifa superior en un 25%.

C) Al "Infertility Center of New York":

¹⁹⁷ Cfr. "The Human Life Review", Nueva York, n 2, 1987, pp. 126-7

Derechos: 1) 7,500 dólares, no restituibles; 2) exención de cualquier garantía de que Mary Beth Whitehead quedará embarazada o de que acatará su contrato de "ceder la custodia".¹⁹⁸

Con estos contratos de "maternidad subrogada" se ha reducido a las mujeres fértiles a "vientres con dos patas y nada más" y a los hijos simple mercadería, objeto de compraventa. Los sufrimientos de los miembros de las familias Whitehead y Stern son conocidos por la opinión pública, que ha puesto relieve también cómo ambas partes han cometido una grave equivocación (y también una grave transgresión ética) en un contrato de este tipo. Llama especialmente la atención el modo con que actuó el "Infertility Center". Se previno de todas las complicaciones previsibles con un cálculo y frialdad que ponen en seria duda la buena voluntad de ayudar verdaderamente a los matrimonios estériles en dificultad.

A continuación hacemos una breve reseña de las características de los contratos de maternidad subrogada:

1. Existencia de acuerdo o contrato entre un matrimonio y una mujer fértil (madre subrogada), para que ésta procrea y dé a luz a una criatura.
2. Percepción de un beneficio pecuniario por parte de la madre subrogada.
3. Obligación de la madre subrogada de inseminarse con el semen del marido de la mujer contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación *in vitro*, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de terceros.

¹⁹⁸ MONGE, Fernando, op cit P. 106

4. Renuncia de la madre subrogada a todos los derechos filiales, respecto del niño que ha parido.

5. Compromiso de custodia y/o adopción del niño, por parte del marido de la mujer contratante (generalmente padre biológico) y/o su cónyuge.

Como hemos visto este tipo de contrato, a su vez, plantea problemas especiales.

Por ejemplo:

■ si la madre subrogada tiene derecho a pedir un aborto, unilateralmente, sin consultar a la pareja contratante.

■ si la madre subrogada puede pedir un aborto sin consultar previamente a la pareja contratante o comitente, en caso de contraer una enfermedad, por efectos del embarazo, que pone su vida en peligro.

■ si la pareja contratante decide que la madre subrogada aborte y ésta se niega a practicarlo.

■ si puede exigirse a la madre subrogada que no fume, no consuma alcohol ni se drogue, en beneficio de la salud de la criatura que gesta.

■ ¿qué ocurre si la pareja solicitante se divorcia o muere durante el periodo del embarazo?

■ ¿qué ocurre si la criatura nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja contratante?

■ ¿qué ocurre si la madre subrogada se niega a entregar al hijo y desea que éste sea plena y legalmente suyo?.

Todas estas dudas e interrogantes se han ido planteando en los Estados Unidos de Norteamérica, que es el país donde más contratos de maternidad subrogada se han realizado. En tal país, cuando se ha planteado el derecho de la madre subrogada a abortar (en los EE.UU. se permite el aborto), el tribunal ha dictaminado que deben seguirse las normas expuestas en el caso ROE VS WADE.¹⁹⁹ En dicho caso, se estableció que sólo la mujer tiene un derecho constitucional protegido, para determinar la manera en la cual su cuerpo y persona pueden ser utilizados. Por tanto, la cláusula del contrato de maternidad subrogada que prohíbe el aborto, a menos que la parte masculina acceda, es nula e inexigible. Se considera improbable que un tribunal consienta en que un padre contratante se oponga al aborto de una madre subrogada, si no se permite al marido o padre natural negar a su esposa el derecho a interrumpir su embarazo, privilegiando así el derecho que tiene la mujer sobre su cuerpo.²⁰⁰

Por otra parte, si el niño que nace tiene malformaciones, hay que preguntarse quién debe quedarse con el niño si ambas partes lo rechazan y cómo puede desarrollarse la personalidad de un niño no querido, eventualmente adjudicado por un juez a padres que lo han rechazado.

Los problemas reseñados reafirman la necesidad de que en los países en que no se prohíbe la maternidad subrogada, se legisle sobre ella, resolviendo los múltiples

¹⁹⁹ ROE y WADE, 410 EE.UU., 113, 1973

²⁰⁰ COLEMAN, P., "Subrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions", op cit, p. 85.

problemas que suscita. Como se señala, los contratos de maternidad subrogada - en los Estados Unidos - más parecen, hasta ahora, un "acuerdo de caballeros" que un contrato.²⁰¹

Podemos concluir, que este contrato, en cualquiera de sus formas, tiene como antecedente necesario un acto injusto e inmoral, como es toda fecundación *in vitro*, ya que las partes están poniéndose de acuerdo para crear una situación necesariamente lesiva de los derechos que tendrá el niño en cuanto nazca, pues éste, como toda persona humana, tiene derecho a venir a este mundo en las mejores circunstancias naturales para su desarrollo físico y psíquico, su educación y su plenitud como persona.

La injusticia del acto que sirve de antecedente necesario a todo contrato de maternidad subrogada, lo hace plenamente inválido ante el derecho, ya que las normas jurídicas no deben auspiciar ni promover situaciones de injusticia.

Frente a este acuerdo o contrato, entre madre subrogada o sustituida y pareja contratante o comitente, hay que preguntarse ¿cuál es la naturaleza jurídica de este pacto y cuál es su validez?.

En la doctrina italiana, las opiniones se dividen entre quienes lo consideran nulo y carente de efectos jurídicos y quienes intentan ponerlo en conexión con el Instituto de Adopción. En este último sentido, configuran la renuncia de los derechos materno-filiales, por parte de la madre subrogada, como un asentimiento a que el hijo sea legitimado por su padre de sangre y adoptado por la mujer de éste último. En lo que hay unanimidad por

²⁰¹ BROPHY, K.M., "A subrogate mother contract to bear a child", en *Journal of Family law*, vol. 20, U.S.A., 1981-1982, p. 263

parte de los juristas italianos, es en considerar como no obligatoria la cláusula de entrega del hijo por parte de la madre subrogada.²⁰²

En Holanda, la mayoría de la doctrina estima que el contrato de maternidad subrogada es nulo, debido a que su causa es ilícita. Si la madre subrogada recibe dinero por gestar y dar a luz a una criatura, que posteriormente entregará a la pareja contratante, se considera que este tipo de contrato es contrario al orden público y a la moral.

En Puerto Rico, se considera que el contrato no es válido, porque el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y porque es contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando éste nazca, para que otra persona lo adopte.²⁰³

Una parte de la doctrina canadiense entiende que el contrato de maternidad subrogada conlleva el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de una mujer, lo que hace dudar sobre la validez del objeto del contrato, de acuerdo a lo dispuesto en el Derecho Civil de Quebec.

Además, considera que procrear un hijo para renunciar a su patria potestad, cuando nazca, es contrario al orden público.²⁰⁴

La doctrina española - antes de la promulgación de la Ley de Tratamiento de Reproducción Asistida - consideraba, mayoritariamente, inexistentes estos contratos.

²⁰² GARCÍA RUBIO, M.P., "La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil español", Op. Cit., pp 67 y 68

²⁰³ SILVA RUIZ, P., "El Derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo e in vitro*", op. cit., p. 14.

²⁰⁴ BOUDOUIN, J.L., "A Canadian Perspective", en Family relations in modern Medicine, XII International Congress of Comparative Law, Melbourne University, Canberra, Australia, agosto, 1968. p. 30

Así, se estima que ni puede clasificarse de contrato el acuerdo entre la madre subrogada y la pareja, ni de tal acuerdo puede nacer ninguna obligación, jurídica o natural, de entregar el hijo, puesto que no pueden ser objeto de contrato a *contrario sensu* (art. 1825 del Código Civil mexicano) las cosas que están fuera del comercio, como es el cuerpo humano. Además, la causa es ilícita, porque se opone a la moral, tanto si se trata de una cesión gratuita como onerosa. En relación a la libertad de pactos, los establecidos entre la pareja y la madre subrogada no pueden ser obligatorios, porque su objeto no se considera aceptado por las buenas costumbres ni acorde con la moral.²⁰⁵

Este acuerdo de maternidad subrogada traspasaría los límites del principio de autonomía de las partes en derecho privado, si las parejas pretendieran negociar en cuanto a la posible prestación del vientre, uso no sólo del útero, sino del propio cuerpo. Esto en razón de que el objeto del negocio sería la persona por lo que dicho contrato resultaría ilícito, por ser contrario a los principios de orden público hoy vigentes en la sociedad.

Desde otro punto de vista, se indica que si se tratara de contratos onerosos, los de maternidad subrogada no pueden ser válidos, ya que en la hipótesis de maternidad subrogada la portadora está poniendo en peligro su salud a cambio de una compensación económica o incluso si se decide que ella es quien aporta el óvulo está vendiendo a su propio hijo.

El pacto contravendría así a la más elemental regla de orden público: el respeto de la dignidad humana, del cual deriva el principio de indisponibilidad. Por tanto, el juicio de ilicitud justificaría no sólo la interdicción de este tipo de acuerdo, sino también la

responsabilidad (incluso de carácter penal), tanto de las partes como de los terceros que en cualquier forma participaran en su realización.²⁰⁴

Si a este contrato se le tuviera que dar una calificación jurídica dentro de los negocios jurídicos existentes, ¿a cuál pertenecería?

Se considera que, dado que la Ley no ha dispuesto una disciplina propia para el contrato de subrogación, lo más apropiado sería su inclusión dentro de los contratos innominados.

Desde otro punto de vista, se estima que la figura contractual más afín podría ser el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra, puesto que en el primero se compromete la realización de un servicio en sí mismo, sin consideración al resultado que se consiga y en el segundo se promete un resultado, sin tomar en cuenta el trabajo que se requiere para obtenerlo. En el contrato de subrogación, la mujer gestante se obliga a realizar un servicio *sui generis* ya que, más allá de la ejecución de un hacer, se compromete a entregar al niño. Si nos fijamos en el resultado del servicio: el hijo, la calificación del contrato sería de arrendamiento de obra, puesto que la finalidad es la consecución del hijo.

Otro enfoque es aquel que señala que este tipo de acuerdo no es susceptible de clasificación entre los tipos de contrato conocidos. No es arrendamiento de cosa, porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano (o parte de él) no es jurídicamente cosa, lo que excluye el comodato. En el caso de prestación gratuita, se da una conducta de

²⁰⁴ MORO ALMARAZ, M.J. "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*", op. cit., pp. 263 y 264

contenido complejo que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicio. Nos encontraríamos "frente a actos jurídicos hoy atípicos, pero tipificables en el futuro y pertenecientes al Derecho de Familia".²⁰⁷

Si hubiera que encuadrar este contrato - pese a considerarlo nulo - dentro de los existentes, algunos autores se inclinan por el contrato de obra. Basan su afirmación en los contratos de maternidad subrogada en los Estados Unidos, donde los pagos a la madre subrogada se hacen en mensualidades o trimestralidades para evitar la impresión de que la cantidad que se paga es por el recién nacido. Además, con el objeto de evitar la infracción de la Ley de Adopción, que prohíbe la compraventa de niños, los contratos incluyen una cláusula donde se hace constar que la cantidad entregada a la madre subrogada es en concepto de compensación a sus servicios y gastos de embarazo y parto, y no por la renuncia a sus derechos de madre. Por tanto, se trata de encubrir que el objeto del contrato es el futuro niño. Si la madre subrogada no quiere entregar al niño o renunciar a sus derechos maternos o si se produjera un aborto normal antes del quinto mes, no recibiría dinero. Y si el niño nace muerto o muere al nacer, la cantidad que se le entrega es mínima. De todo esto se deduce que lo importante no es la realización del servicio,

²⁰⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., "La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho civil español", op.cit., p. 68.

²⁰⁷ CLAVERÍA CONZALBEZ, I., "Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana", en vol. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium S.A. Madrid, 1988.

sino la entrega del recién nacido.²⁰⁸ Por consiguiente no es un contrato de prestación de servicios, ni de ninguna otra especie; sino de compraventa de un niño, tratado como si fuera una mercadería.

Es necesario por tanto, analizar la exigibilidad del contrato de maternidad subrogada y ubicar su grado de invalidez. Según GALINDO GARFIAS, cuando decimos que un acto es válido, estamos afirmando su idoneidad para producir todos los efectos jurídicos que, de acuerdo con su naturaleza, es susceptible de crear; no ocurre lo mismo si afirmamos que un acto es inválido, porque el concepto de invalidez presenta varios grados de gravedad, atendiendo a su origen, a los que la ley aplica también un diverso tratamiento; así, por ejemplo, hay casos en los que la causa de invalidez ataca al acto en forma tan profunda, que no permite siquiera que éste nazca (*inexistencia*), en tanto que otras causas no dañan tan radicalmente al negocio jurídico, ya que permiten su nacimiento pero no su correcta conformación. Podríamos decir que ha nacido defectuoso (*nullidad*), porque el motivo o fin del acto es ilícito, porque la voluntad del autor no se ha expresado en forma libre y consciente, ya sea por su incapacidad o por vicios de la voluntad, o porque ésta no se ha expresado con determinadas formalidades.

El autor prosigue explicando que no todos estos requisitos vician o perjudican al acto en igual manera. Si sus autores pretenden alcanzar un fin reprochable para la colectividad o la moral, o si el objeto de la obligación es en sí mismo inmoral o ataca las normas de orden público, la violación resultante será de mayor gravedad que la falta de

²⁰⁸ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "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", en Actualidad Civil Nº 48, Madrid, semana 26 de diciembre - 1º de enero de 1989, pp. 3042 y 3043

formalidades o que los vicios del consentimiento (error, dolo y violencia), que sólo atañen al interés privado de las partes.

Concluye el civilista señalando que si bien en ambos casos el acto será inválido, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo o fin o condición del acto, da lugar, por su gravedad, a una invalidez más severa que se denomina *nulidad absoluta*, en tanto que la ausencia de los otros requisitos produce la *nulidad relativa* del acto.²⁰⁹

Esta clasificación es la que sigue la orientación del derecho mexicano, es la fuente doctrinal de la Tesis Clásica Francesa en relación a los grados de invalidez que pueden afectar los negocios jurídicos.

a) TESIS CLÁSICA FRANCESA. Esta tesis clásica distingue entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

La inexistencia jurídica del acto se produce cuando falta alguno de sus elementos esenciales, es decir, la voluntad y el objeto. No produce ningún efecto legal, puede hacerse valer por cualquier interesado y no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción.

La nulidad, en cambio, supone la imperfección del acto porque carece de alguno de los requisitos no esenciales que la ley exige. Esta forma de invalidez debe ser declarada judicialmente, pues el acto es nulo (absoluta o relativamente) produce sus efectos como si fuera enteramente regular, mientras su eficacia no sea decretada por el

²⁰⁹ GALINDO GARFÍAS, *Derecho Civil*, p. 232-236

juiz. Cuando esto último ocurra, la mayoría de sus efectos serán destruidos retroactivamente o desde que cause ejecutoria la sentencia, según el caso.

Siguiendo esta doctrina, distingue BONNECASE, entre nulidad absoluta o de interés general y nulidad relativa, diciendo que la primera puede ser invocada por cualquier interesado y que no desaparece por confirmación o prescripción, mientras que, por el contrario, la nulidad relativa sólo puede ser reclamada por ciertas personas y sí puede desaparecer por confirmación o extinguirse por prescripción.

Para la doctrina clásica, la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, produce siempre nulidad absoluta. Para Bonnecase, en cambio, la ilicitud puede producir la nulidad absoluta o relativa, según que pueda ser invocada por cualquier interesado, sea inconfirmable e imprescriptible. Si falta uno de estos requisitos, la nulida será relativa.

Por lo anterior, estamos convencidos de que *los contratos de maternidad subrogada están afectados de inexistencia*, a causa de la imposibilidad jurídica de su objeto.

Siguiendo a SÁNCHEZ MEDAL, diremos que el *objeto directo* de todo contrato es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones (tanto reales como personales), pero que por una elipsis que viene del Código Francés de Napoleón, se menciona como objeto del contrato lo que es, en realidad, el *objeto indirecto* o mediato del mismo: es decir, la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que debe hacer o no hacer.

Para el derecho mexicano, los *contratos reales*, es decir, los que recaen directamente sobre una cosa, pueden adoptar muchas variantes (enajenación, donación,

usufructo, etc.), pero siempre será necesario que la cosa exista en la naturaleza, que haya sido determinada o que sea determinable y que esté en el comercio (art.1825). La *prestación de un hecho*, en cambio, puede consistir en que el deudor haga algo o que no lo haga. El hecho, objeto del contrato, puede ser entonces positivo (*hacer*) o negativo (*no hacer*), pero debe ser siempre posible y lícito (art.1827).

La acción u omisión son consideradas ilícitas por el derecho mexicano, cuando sean contrarias a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (art.1830), caso en el cual la sanción será la nulidad absoluta del contrato (arts. 1795, fracc. III y 2225).²¹⁰

Tomando en cuenta las nociones elementales sobre los contratos, como fuente de obligaciones, podemos afirmar que la *subrogación materna* es considerado un *contrato atípico, innominado semejante al contrato de compraventa*, en el cual “el vendedor se obliga a entregar una “cosa” al comprador y a transmitirle “el dominio” de ella, y el comprador, a su vez, se obliga a pagar el precio en dinero al vendedor (arts. 2248 y 2283 Cód. Civ. Mex)). Esta clasificación del “contrato” valdría tanto para la hipótesis de maternidad de gestación, como en la maternidad de gestación y aportación de óvulo. En ambos supuestos - aunque algunos autores distinguen entre prestación de servicios, contrato de obra; arrendamiento gratuito/oneroso de obra o de servicios; etc. - lo verdaderamente trascendente es el resultado: el hijo; no importan los medios para conseguirlo; incluso se inserta una cláusula en estos contratos donde la madre se obliga a poner en riesgo su propia vida para que nazca la criatura. Toda la fertilización *in vitro* tanto homóloga como heterónoma, entre las cuales se haya la maternidad subrogada tiene

²¹⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón: *De los contratos civiles*, 5ª de., México, Porrúa, 1980, p 20-21 y 26

como fin último y preponderante la *consecución de un niño*; esto queda claramente comprobado al leer las cláusulas del contrato de maternidad subrogada que transcribimos anteriormente en el caso de *Baby M*. Al final del tratamiento de FIVET el niño es vendido. Por tanto, dentro de la clasificación de los contratos nos hayamos frente a uno de carácter:

1) bilateral (art. 1836 c.c.m.);

2) oneroso (art. 1837 c.c.m.); ya que en los contratos de maternidad subrogada celebrados en E.U.A. se hacen entregas periódicas de dinero a la madre subrogada, tanto a la gestadora como a la donante de óvulo; para evitar la impresión de que la cantidad que se paga es por el recién nacido.

3) traslativo de dominio (art. 2248 c.c.m.);

4) real; recae sobre una "cosa" (art. 1825 c.c.m.);

5) principal y;

6) consensual.

Ya que el tema consiste en la compraventa - de un recién nacido - podemos afirmar como señala GARCÍA MENDIETA Carmen, que "el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre subrogada, es *inexistente* para el derecho mexicano".²¹¹

Para llegar a esta conclusión, exponemos el siguiente argumento:

1) Nuestro Código de 1928 vigente, inspirándose en el proyecto franco italiano de "Código de las obligaciones y de los contratos" (arts. 10 y 11), distingue en el contrato los

²¹¹ GARCÍA MENDIETA, Carmen, *Fertilización extracorpórea: aspectos legales*, en rev "Ciencia y Desarrollo", México, CONACYT, nov.-dic. 1985, año XI, núm. 65, p. 39

elementos necesarios para su existencia y los que sólo se exigen para su validez. Según el artículo 1794 del Código vigente, "Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato". Según el artículo 1795 del mismo Código "El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

En el tema que nos ocupa no hay duda de que el consentimiento ha sido dado plenamente, sin vicio alguno. Ahora bien, el problema en cuestión surge al analizar el objeto del mismo. ¿Qué debemos entender por objeto del contrato?. Su objeto directo es la creación o transmisión de obligaciones o derechos (art. 1793 del c.c.m.), y el objeto de las obligaciones es una prestación positiva o negativa: la dación de una cosa, el hecho que debe ejecutar el deudor o la abstención a que está sometido. El objeto de la obligación se considera también como el objeto indirecto o mediato del contrato que la engendra. Así, el contrato de venta tiene por objeto crear la obligación de la entrega de la cosa vendida; la entrega de ella es el objeto directo de la obligación y el indirecto del contrato. Por último, aún la cosa misma se considera como objeto de la obligación y del contrato. Por eso, el artículo 1824 del Código civil vigente ha podido decir: "Son objetos de los contratos: I. la cosa que el obligado debe dar. II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

Para el Código de 1928, la cosa objeto del contrato debe ser física o legalmente posible. Son físicamente imposibles las cosas que no existen y no pueden existir en la

naturaleza, y son legal o jurídicamente imposibles las que no son determinadas o determinables en cuanto a su especie, y las que están fuera del comercio, por la naturaleza o por disposición de la Ley (arts. 1825 y 1826). Todos éstos son objetos que *no pueden ser materia del contrato*.

Lo están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, como el aire, el mar...*la persona humana*; y por disposición de la Ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular v.gr. *la persona humana en su estado de esclavitud*; situación que está prohibida expresamente en el segundo postulado de nuestra Constitución Política que a la letra dice: "Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes". Entendemos por esclavitud "el régimen económico-social en que un hombre puede ser propiedad personal de otro, como los animales domésticos;..."²¹²

Es decir, nuestra Ley Suprema protege en su parte dogmática a la persona humana porque ésta no puede ser *objeto de propiedad, ni de posesión, ni de dominio de otra. No es susceptible de formar parte del patrimonio de otra persona, de ser valuado en dinero, etc.* ¿Por qué? Por que el hombre por el hecho de serlo está dotado de una dignidad superior a la de cualquier otro ser vivo o material sobre la tierra. Es el ser que, por racional e inteligente, es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí; "por estar abierto a la razón de ser en cuanto ser, lo está así mismo a la razón de bondad en toda su infinitud virtual y, por tanto, es *libre*. "la persona, por esta libertad, en virtud de la

cual tiene el dominio de su propia acción y es dueña de su destino, emerge sobre la naturaleza, reino de la necesidad'. Por tanto persona es, *la substancia individual, incomunicable, al mismo tiempo que abierta a todos los seres por su misma racionalidad, libre, que existe en sí misma y no en otro, dueña de su propio destino y por tanto radicalmente separada del mundo material sujeto a leyes necesarias.*"²¹³

Por tanto, no debe olvidarse que el Hombre, no sólo es titular de derechos o establece relaciones jurídicas con sus semejantes, sino que precisamente, por ser Persona, tiene fines trascendentes, y establece relaciones con los otros hombres que no son solamente jurídicas. El Derecho no se basa en sí mismo, sino en ese fin trascendental y en la propia naturaleza humana que le es dada como supuesto y de la cual el Derecho no debe nunca prescindir. El Hombre es siempre fin y nunca medio del Derecho, y por consiguiente, jamás un medio del propio Hombre para alcanzar su felicidad. La Persona sigue siendo el centro del Derecho Civil, como lo es de todo el orden jurídico. Y es necesario poner en énfasis especial en el hecho de que el *no nacido* es Persona, no solamente un proyecto de Persona, o un ser en evolución que llegará a serlo. Es Persona desde el momento de la concepción, desde ese instante es *sujeto de derechos y establece relaciones de Justicia*, pues también en relación con él debemos hablar de *lo suyo*. "Y lo más *suyo* del no nacido es la necesidad de protección, ya que es el hombre más débil y

²¹² GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, *Selecciones del Reader's Digest*, 26ta.edic., vol IV, México, 1986, p. 1303.

²¹³ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *op.cit.* p. 18.

desprotegido de toda la Humanidad. Su protección cae bajo la competencia del Derecho Privado, pues los ataques difícilmente le pueden venir de los órganos de autoridad”.²¹⁴

Así pues, siguiendo nuestro análisis del Código civil vigente en materia de contratos podemos afirmar que se trata de un *hecho legal o jurídicamente imposible*. Siguiendo al civilista BORJA SORIANO, Manuel, explica que “es aquel que no puede existir porque es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (art. 2º de nuestra Ley Suprema)... la imposibilidad jurídica es lo que según la ley no puede existir porque es contrario a los supuestos lógicos-jurídicos de la misma... Así, es jurídicamente imposible una transmisión válida de propiedad de lo que no nos pertenece”.²¹⁵ El cuerpo del hombre vivo no es cosa, ni tampoco objeto.

Por tanto, concluimos diciendo que si las partes convienen en que figure como objeto del contrato una cosa o un hecho imposible, el contrato es inexistente. El artículo 1797 fracción II, declara inexistente el contrato por la falta de objeto que pueda ser materia de él, y en su artículo 2224 agrega que no producirá efecto legal alguno; no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y que su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Por consiguiente, se puede concluir que el contrato de maternidad subrogada es inexistente y no produce efecto legal alguno:

■ porque no puede ser objeto de contrato algo que está fuera de comercio, como es el propio cuerpo humano (*res extra commercium*). Luego, al carecer de objeto el

²¹⁴ Ibid

²¹⁵ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 13ª edición, Porrúa, México, 1994, p.145.

contrato de maternidad subrogada, le falta uno de los elementos esenciales del contrato. Por tanto, es inexistente y no puede producir efectos jurídicos.

■ porque la causa del contrato es ilícita al ir contra la moral y el orden público vigente hoy.

De todo lo cual puede desprenderse que no cabe encuadrar a este acuerdo de voluntades dentro de la clasificación tradicional de los contratos, del mismo modo que no entran en clasificación todos los seudocontratos o manifestaciones de voluntad incompetentes para producir efectos jurídicos válidos.

Ante el hecho de que este acuerdo de voluntades no surte efecto legal alguno, no admite ejecución forzosa. Esta genérica respuesta merece, sin embargo, ser correctamente matizada, porque el incumplimiento crea situaciones diversas según el momento en que se produzca:

1. Si la mujer gestadora se niega a someterse a la inseminación o la transferencia del embrión, no es posible exigir a esta mujer arrepentida, que se someta al procedimiento de inseminación heteróloga o a la transferencia del embrión, por tratarse de actos personalísimos; es decir conserva pleno derecho sobre su propio cuerpo y no cabe ninguna coacción legal.

2. Si la fecundación artificial se lleva a cabo pero antes de la implantación, tampoco existe ejecución forzosa pero la mujer será coautora de un homicidio, pues la fecundación se hizo en vistas a la recepción.

3. Si la mujer se niega a continuar el embarazo una vez lograda la concepción, conforme a nuestra legislación mexicana incurriría en responsabilidad penal derivada de

la norma penal que prohíbe el aborto. En este sentido, la gestadora no debe provocar ni permitir que le provoquen un aborto, sino que tiene la obligación moral y legal de hacer todo lo necesario para conservar y proteger la vida del producto, esta obligación no deriva del acuerdo, que no surte efectos jurídicos, sino de la obligación *erga omnes* de respetar la vida.

4. Si llega el momento del parto y la mujer gestante da a luz, el supuesto está en si la mujer debe o no entregar a la criatura. Esta situación jurídica del hijo debe ser determinada por la ley positiva, que entre nosotros, no toca aún ninguno de estos supuestos.

Otra tema que debemos tratar es el relativo a la reparación del daño en caso de incumplimiento del contrato de maternidad subrogada derivado de su inexecución. Conforme al Código Civil Mexicano el artículo 2239 establece la siguiente solución: "la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado". Esto implicaría que las cantidades de dinero entregadas tanto al Centro Médico como a la mujer gestadora por parte de los cónyuges que contratan la técnica de maternidad subrogada, le sean restituidas; así como la imposibilidad de la pareja contratante para exigir la entrega de la criatura. Sin embargo, parece que además de esto debiera imponerse una sanción de tipo civil - además de la sanción de tipo penal por la provocación del aborto - en razón de la ejecución de un acto injusto. Siendo el hijo víctima de ello, se le deben daños y perjuicios, así como reparación del daño moral en los términos del Código Civil (art.1916)

4. CRITERIOS RESPECTO A LA LEGALIDAD O PROHIBICIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

La admisión de la posibilidad de que una mujer o una pareja estéril puedan tener un hijo a través de un contrato de maternidad subrogada, es muy discutida en Europa, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos de Norteamérica, donde se admite a nivel fáctico. La mayoría de la doctrina norteamericana considera que el derecho fundamental a procrear, consagrado en la enmienda 14 de la Constitución, comprende tanto los métodos naturales como los alternativos de reproducción dentro de estos últimos se encuentra la maternidad subrogada.

Por su parte, tanto la doctrina como los Informes, Propositiones de Ley y leyes europeas que se han referido a la maternidad de sustitución, tienden a prohibir esta técnica.

En los Estados Unidos, cada Estado tiene competencia para legislar en materia de Derecho de Familia. Por tanto, no existe un Derecho de Familia Federal, lo que explica el distinto tratamiento estatal que se otorga a la maternidad subrogada.

En este país existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada. Esto quiere decir que cualquier persona tiene un derecho constitucional a casarse y a fundar una familia. La mayoría de la doctrina entiende que este derecho a la procreación comprende todos los medios naturales como los alternativos de reproducción.

En la doctrina se señala que si se hace un examen evolutivo de la jurisprudencia norteamericana se concluye que los tribunales, sin ninguna duda, optan por hacer cumplir sus compromisos y que el acuerdo de subrogación puede ser comparable al acuerdo sobre la custodia de un niño en el que se busca proteger su interés y bienestar.²¹⁶

Los que se muestran partidarios del cumplimiento del contrato de sustitución, justifican la pérdida de los derechos maternos de la madre subrogada, en función del abandono que dicho comportamiento significa. Desde esta perspectiva, el abandono indica, generalmente, un propósito resuelto de renunciar a todos los derechos y deberes maternos para con el hijo.

Se considera que la decisión de tener un hijo es la piedra angular del acuerdo de subrogación y que tal decisión sea por un método natural, inseminación artificial o por subrogación, debe ser incluida como parte del derecho fundamental a procrear. Si en un Estado se prohibieran los contratos de subrogación se estaría infringiendo el derecho fundamental a procrear.²¹⁷

Desde otro punto de vista, se señala que los avances científicos y tecnológicos permiten a la mujer estéril ejercer su derecho a la procreación con la ayuda de la maternidad subrogada. Si la Ley permite a un hombre ejercer su derecho a extendido a la mujer estéril permitiendo el contrato de subrogación.

En relación a las decisiones judiciales, en los casos que se han presentado por incumplimiento del contrato de subrogación, no presentan uniformidad de criterios.

²¹⁶ DICKENS, B, "Legal aspects of surrogate motherhood: practices and proposals", ponencia presentada al Colloquium de Derecho Comparado, Cambridge, Reino Unido, 15-17 septiembre de 1987, p 26

Así, el Procurador General Kentucky, el 26 de enero de 1981, consideró que los contratos de maternidad subrogada eran ilegales y, por consiguientes, inexigibles en este estado. Fundó su opinión en la política estatal, que prohíbe la compra y venta de niños para la adopción, la cual debe hacerse extensiva a la maternidad subrogada. En esta caso, se trataría de una aplicación a la norma que prohíbe la adopción de un niño antes de su nacimiento.²¹⁸

Por su parte, el Tribunal de Instancia de Nueva Jersey, en el caso de "Baby M", resolvió que el contrato de subrogación era válido y aplicable de conformidad con las leyes del estado de Nueva Jersey. La sentencia señaló que los derechos de las partes están protegidos constitucionalmente bajo la enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos (derecho fundamental a procrear).

Los hechos fundamentales en este caso son: el Sr. Stern, ante lo arriesgado de que su esposa tuviera un hijo por padecer de esclerosis múltiple, convino con la Sra. Whitehead un contrato de maternidad subrogada (surrogate parenting agreement). A la madre subrogada se le pagaría la suma de diez mil dólares por sus servicios de procrear a la criatura, más los gastos médicos. De acuerdo al contrato, la Sra. Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del Sr. Stern. Asimismo, ella renunciaría a la custodia del hijo en favor de los Stern y se acordó que el nombre del Sr. Stern apareciera en el certificado de nacimiento de la criatura. Nacida la niña, su madre biológica se negó

²¹⁷ CROW, C., "The surrogate child: legal issues and implication for the future", en *Journal of Juvenile Law*, vol. 7, USA, 1983, p. 78

²¹⁸ CROW, C., op.cit., p. 83.

a entregarla a los esposos Stern y éstos demandaron a la Sra. Whitehead por incumplimiento del contrato.

El Tribunal señaló que en el estado de Nueva Jersey no hay legislación que regule este tipo de contrato y que no es aplicable la legislación sobre adopción. El juez señaló que el Tribunal persigue lograr justicia para la criatura porque, cuando los Tribunales se ven obligados a elegir entre los derechos de uno de los padres y el bienestar de una criatura, la elección es y debe ser el bienestar y los mejores intereses de la criatura, por lo cual, el juez concedió la custodia de la niña "Baby M" al matrimonio Stern. Al mismo tiempo que privó a la madre subrogada de sus derechos maternos, negándole el derecho a visitar a su hija y permitió la adopción de la menor por la Sra. Stern.

Con respecto a las consecuencias del incumplimiento contractual, el Tribunal estableció una distinción entre el supuesto en que la madre subrogada estuviese ya embarazada y aquel otro en que no se hubiere producido la concepción. La futura madre puede renunciar y poner fin al contrato hasta el momento de la concepción, debiendo reparar los daños y perjuicios si procede, pero sin que pueda producirse ejecución forzosa. Sin embargo, una vez concebido el hijo, los derechos de las partes están determinados, los términos establecidos y deben cumplirse.

Esta sentencia fue apelada y el Tribunal Supremo del estado de Nueva Jersey resolvió, el 3 de febrero de 1988, que el contrato de maternidad subrogada es nulo e inexigible, porque contraviene la Ley y la política pública del estado. En consecuencia, declaró nulas: a) las disposiciones contractuales que privaban a la madre subrogada -Sra. Whitehead- de su derecho materno-filial, y b) la adopción de la criatura -Baby M- por la

Sra. Stern, esposa del padre biológico de la niña. Además, restituyó a la madre subrogada sus derechos y obligaciones de madre de Baby M, ya que el tribunal inferior, al haber declarado válido el contrato, la había privado de todo derecho y confirmó la decisión del tribunal inferior de conceder la custodia de la niña al padre biológico.

Actualmente, doce estados tienen Proposiciones de Ley que reglamentan la maternidad subrogada que, como señaláramos, no está prohibida. Entre estas Proposiciones está la del estado de California, que establece un esquema básico de regular los acuerdos de maternidad subrogada, reconoce la maternidad de sustitución como un método alternativo de reproducción, pero no resuelve temas que tengan un efecto directo en el bienestar del niño. Entre éstos, el de si la pareja puede regular el estilo de vida de la madre subrogada respecto a las drogas, al alcohol o al cigarrillo o el de si la pareja puede prevenir que la madre subrogada efectúe un aborto, si ésta lo desea.²¹⁹

Como ya lo señaláramos, en Europa hay una cierta tendencia a rechazar la maternidad subrogada. En estos países no se considera el derecho a la procreación como un derecho protegido constitucionalmente, como en los Estados Unidos. Así, en Inglaterra, el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido se pronunció en contra de la gestación por sustitución, debido a que la madre subrogada no puede de antemano predecir cuál será su actitud con respecto a la criatura

²¹⁹ *IBIDEM*, p 91.

que dará a luz y, además, la entrega del hijo puede producir sufrimiento emocional en el niño.²²⁰

Por su parte, el Informe Warnock recomienda la prohibición de la maternidad subrogada y que, mediante la dictaminación de una ley, se establezca que los acuerdos que tengan por objeto la subrogación sean contratos ilegales y, por tanto, estén desprovistos de acciones para hacer efectivo su cumplimiento.²²¹

Este informe tuvo un voto disidente correspondiente al Dr. Davies.²²² En Escocia, el profesor MASON apoyó esta tesis y manifestó que debería permitirse la maternidad de sustitución siempre que se realizara por razones médicas; que fuera realizada por un médico, en un hospital con licencia para llevar a cabo la inseminación artificial o la FIV; que los arreglos y gestiones para celebrar el contrato se realicen a través de una agencia con fines no pecuniarios; que la criatura se ofrezca en adopción a la esposa del padre biológico, en la eventualidad de que la madre subrogada se niegue a entregar a la criatura, pueda imponer su decisión final.²²³

En 1985, se dictó una Ley (Surrogate Agreements Act) que declaró ilegales las agencias comerciales, gestores y anuncios de subrogación, castigando como ofensa penal la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar los contratos

²²⁰ COLEGIO REAL DE OBSTETRAS Y GINECÓLOGOS, "Informe del Comité Ético del Real Colegio de Obstetras y Ginecólogos en fertilización in vitro o transferencia de embriones" (Report of the CROG Ethica Committee on in vitro fertilization and embryo replacement of transfer), Londres, marzo, 1983, p 16.

²²¹ DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL, "Informe de la Comisión investigadora sobre la fertilización humana y la embriología: proyecto de legislación" (Fertilization and embryology: a framework of legislation), Imprenta de Su Majestad la Reina, Londres, 1987.

²²² IBIDEM pp 85 y 86

²²³ Observation on the Report of Wacknock Committee en "The Scots Law Times", 15 de febrero de 1985, pp. 51 y 52, citado por SILVA RUIZ, P., en "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler", en Rev. Tapia N° 36 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, octubre de 1987 y en Boletín de Información del Ministerio de Justicia N° 1447, Madrid, Febrero 1987

onerosos de maternidad subrogada. Esta ley no considera ilícitos estos contratos cuando no se actúa por interés económico o finalidad comercial.

En Alemania, el Informe Benda rechaza la maternidad subrogada, porque considera que durante el embarazo se produce una estrecha relación entre madre e hijo, que va a ser esencial para el posterior desarrollo psicológico del niño y que va a ser interrumpida por la entrega de la criatura a otra mujer, después de su nacimiento.²²⁴

La Ley Alemana sobre Embriones e Ingeniería Genética prohíbe la maternidad subrogada. No prevé un castigo para la mujer que accede a este tipo de contrato, pero establece penas de hasta tres años de cárcel para el médico que lleva a cabo la operación.

En Francia, la Proposición de Ley presentada a la Asamblea Nacional Francesa, en mayo de 1984, establece la nulidad de pleno derecho de todo contrato de subrogación que trate acerca de la concepción de un niño, fecundación y embarazo de la mujer.

El Comité Consultivo de Ética para las Ciencias Médicas del Ministerio de Salud, el 23 de octubre de 1984, señaló que la práctica de la maternidad subrogada es ilícita en un Estado de Derecho. Por ello, recomendó no recurrir al procedimiento de las madres de sustitución y puso de relieve que un 51% de la población es contraria a esta técnica.²²⁵

Por su parte, el Tribunal de Apelación de París, en contradicción con la doctrina sostenida por el Consejo de Estado Francés y el Comité Nacional de Ética, el 15 de junio de 1990 concedió la adopción de dos niñas nacidas por maternidad subrogada a las esposas de los padres biológicos.

²²⁴ Report Work Group on in vitro Fertilization, Genom Analysis and Gene Therapy, grupo presidido por el Dr. Prof. Ernst Benda, de ahí que sea conocido con el nombre de "Informe Benda", mimeografiado, Bonn, 1985, p. 26

La sentencia consideró que la adopción de Marie y Elise era legal, desde el momento en que “la madre natural renuncia a los derechos sobre el niño que le reconoce la ley por un acto de abandono voluntario y definitivo”.

El Tribunal de Apelación entendió, por otra parte, que la donación de un niño puede ser jurídicamente semejante a la donación de un órgano, admitida por la ley y, en este caso, si el contrato estipulado entre la pareja y una madre de sustitución no tiene fines lucrativos, no existe daño social. Esta sentencia, que de alguna manera admite el carácter ilícito de la maternidad subrogada, se opone a otra emitida en Francia en 1988 en que se negó la legalidad a una asociación creada para favorecer los contratos de maternidad por sustitución y se consideró que estos contratos eran ilícitos, aunque se realizaran desinteresadamente.²²⁶

En Italia, la mayor parte de las Proposiciones de Ley en materia de fecundación asistida no tratan el tema de la maternidad subrogada. Solo las Proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Liberal y segunda Proposición Ministerial se refieren a ella. El artículo 8º de la Proposición Liberal prohíbe la práctica médica que pueda derivar en la existencia de una madre de sustitución.

La Segunda Proposición Ministerial de 22 de noviembre de 1985 prohíbe la maternidad subrogada. En su artículo 34, párrafo primero, prohíbe el acuerdo por el cual a una mujer se le insemine utilizando su óvulo para llevar a cabo un embarazo y parto, para luego ceder el nacido a otra pareja, aunque sea gratuitamente. En el párrafo segundo, prohíbe el acuerdo por el cual a una mujer se le transfiere un embrión -formado por

²²⁵ IBIDEM

fecundación in vitro con gametos de la pareja contratante- para realizar la gestación y parto, obligándose a entregar el nacido a la pareja contratante. Si pese a las prohibiciones y sanciones, la madre subrogada cede al hijo, se equipara a la situación de abandono y, por tanto, el tribunal puede declarar el estado de adopción del menor y atribuir su custodia a la pareja más idónea, sin preferencia ni prohibición por la pareja a la que el niño había sido cedido.

Por su parte, El Tribunal de Monza (Italia) consideró nulo el contrato de maternidad subrogada entre un matrimonio que no podía tener hijos y una mujer que aceptó, previo pago de dinero, ser inseminada por el hombre de la pareja contratante. Un mes antes del nacimiento de la criatura, la madre subrogada decidió quedarse con el niño que naciera.

La sentencia señala que “un hijo es un bien del que no se puede disponer y (...) no está sujeto a contrato por lo que la niña es de su madre biológica...” Asimismo, la sentencia permite al padre biológico reconocer a su hija.²²⁷

En Suecia, el Informe sobre “Niños concebidos por fecundación in vitro y madres portadoras” consideró que la maternidad subrogada es contraria a los principios básicos del Derecho sueco, según el cual la mujer que da a luz es su madre. Si otra persona propone encargarse del niño, el único cauce posible es la adopción, la cual no se autoriza sobre la base de un contrato de sustitución de maternidad.²²⁸

²²⁶ Diario “El País”, Madrid, España, 12 de octubre de 1990, p.23

²²⁷ Diario “El País”, Madrid, 9 de octubre de 1989, p.20.

²²⁸ SVERNE, T., “Los progresos de la biotecnología y el Derecho”, en Evoluciones de la Familia, Rev. Internacional de Ciencias Sociales, UNESCO, Barcelona, diciembre 1990, p.442

La Ponencia sobre Procreación Artificial, presentada por la delegación austriaca a la Conferencia sobre "Los efectos de los avances de la ciencia y la tecnología en los seres humanos", señalaba que la maternidad subrogada no se puede aceptar, porque recuerda la esclavitud y la prostitución.

Agrega que, desde el punto de vista de la dignidad humana, no se puede aceptar el tratamiento del no nacido como si fuera un objeto sujeto a transacciones comerciales y que son previsibles las consecuencias psicosomáticas y psicosociales negativas para el niño.²²⁹

Por su parte, el Informe del Comité de expertos con problemas éticos y legales relativos a la genética humana (CAHGE), propuso en el Principio 13 dos alternativas frente al tratamiento que debe darse a la maternidad subrogada. La alternativa I indica que la inseminación artificial de una madre subrogada puede autorizarse si:

- a) se hace exclusivamente en base a la benevolencia,
- b) la madre subrogada tiene la facultad de quedarse con el niño al nacimiento, si lo desea, y
- c) cualquier convenio de acuerdo, en el cual la madre se obliga a entregar al niño es inválido y nulo.

Alternativa II: la inseminación artificial de una madre subrogada no debe autorizarse.

²²⁹ Conferencia sobre Derechos Humanos, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1985, MDH (85) 8, Viena, 19-20 de marzo de 1985, p 2

El Informe del CAHBI recomienda prohibir la utilización de las técnicas de maternidad subrogada, las agencias de intermediarios y declarar la nulidad del contrato entre madre subrogada y la pareja contratante, debiendo preverse sanciones adecuadas para el caso de que estas normas se contravengan. Sin embargo, si la madre subrogada actúa por razones humanitarias, recomienda que la ley nacional prevea la posibilidad de que pueda quedarse con el hijo si lo desea.

La Iglesia Católica, a través de la Institución sobre “El Respeto de la Vida Humana naciente y la Dignidad de la Procreación”, considera ilícita la maternidad de sustitución, porque “es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana”. Agrega que “la maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen”.²³⁰

En España, el Informe de la Comisión Especial del Congreso Español -Informe Palacios- analizó los pros y los contras de la maternidad de sustitución. Señaló, como justificación de ella, que las personas adultas son libres para decidir su reproducción y que impedirselo significa privarles del derecho a satisfacer sus deseos de maternidad y paternidad, en circunstancias que la ciencia puede remediar su esterilidad con esta forma de gestación. Además, en el caso de las portadoras las privaría de poder realizar una acción humanitaria, solidaridad con los demás. Al mismo tiempo, indica como razones

²³⁰ SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE: “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, Respuestas a algunas cuestiones de actualidad, 11 Intervenciones sobre la procreación humana, A.3, Vaticano, 1987.

para rechazar este tipo de gestación que no respeta la unidad de valor que se da en la maternidad, implicando una doble maternidad que debe evitarse. Agrega, que este tipo de gestación constituye una manipulación del cuerpo femenino, inadmisibles en una sociedad democrática y justa.

Este Informe deja constancia de que existen voces aisladas que abogan por la defensa de la maternidad de sustitución, indicando que este tipo de maternidad debe permitirse, garantizando y vigilando que sea en forma desinteresada, solidaria y sólo para parejas estériles.

Después de establecer los *pros* y los *contras* de la maternidad de sustitución, el Informe se muestra partidario de prohibir este tipo de gestación en cualquier circunstancia. Las actuaciones que, de un modo u otro, faciliten su realización, con la participación de médicos, paramédicos y centros, deben ser sancionadas severamente.²³¹

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista, en consonancia con el Informe del Congreso español y demás Informes de países europeos, prohíbe la maternidad subrogada, incluyendo aquella con fines filantrópicos. Pero, como ya lo señaláramos, esta proposición no hace referencia expresa al contrato de sustitución.

En el Párrafo III de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley se señalaba que, en el caso de la maternidad subrogada, "surge la interrogante de que si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aún en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas". La Proposición de Ley en su

²³¹ CORTES GENERALES: "Informe de la Comisión especial de estudio de la FIV y la inseminación artificial humanas", comisión presidida por el Dr. Marcelo Palacios, de alu que se conozea dicho informe como Informe Palacios, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su Sesión de 10 de abril de 1986, Madrid

Disposición Adicional Segunda prohíbe estos contratos y señala que las personas que, de un modo u otro participen en un acuerdo de sustitución, sean agencias, equipos médicos y centros o servicios, serán objeto de sanción administrativa, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraída. Al mismo tiempo, establece que será madre legal la que dé luz al hijo.

Esta Proposición fue modificada en su tramitación, eliminándose las sanciones administrativas, civiles o penales para las personas, agencias, equipos médicos que intervengan en la gestación por sustitución.

Concluimos expresando nuestra oposición a la realización de la maternidad subrogada y en general a la reproducción asistida bajo cualquier circunstancia. Recordemos que el matrimonio es, sobre todo en la actualidad, el producto de una elección mutua. Los miembros de la pareja se aceptan recíprocamente, no sólo para compartir su vida sino, en la mayoría de los casos, para transmitirla a sus descendientes. Pero la fantasía de lograr la inmortalidad a través de los hijos pasa, sin embargo, por el deseo de servir como instrumento para que el cónyuge también trascienda. El producto de esta unión es, por lo tanto, una ilusión compartida.

Por eso, cuando obstáculos orgánicos impiden la reproducción de la pareja, todo parece indicar que la razón, fundada en esa necesidad, debe reclamar el concurso de la ciencia para realizar ese proyecto maravilloso de dar vida.

Sin embargo, " no obsta la verificación científica de que algo es prácticamente realizable, para que sea moralmente lícito. El fin no justifica los medios. Es comprensible la intención generosa de quienes intentan remediar la imposibilidad de procrear de una

pareja, provocada por la impotencia *coeundi* de alguno de sus integrantes, por la esterilidad del varón o por la malformación de los órganos de la mujer, que impiden la fecundación. No basta la generosidad de esa intención, para justificar arbitrios que lesionan la moral social y degradan la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización, que repugna a su natural privacidad; ya por la masturbación inicial que supone la fecundación *in vitro*, sin apuntar la secuela ruinosa para la unión de los esposos, que pueda acarrearles la inseminación heteróloga recurrida”.²³²

La Iglesia Católica se ha pronunciado categóricamente acerca de la ilegitimidad moral de la fecundación artificial. Ha dicho el papa Pío XII: “la práctica de la fecundación artificial, en cuanto se trata del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente, ni aun principalmente, sólo desde el punto de vista biológico y médico, dejando de lado el de la moral y el derecho. La fecundación artificial, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse sin apelación. Sólo los esposos tienen el derecho legítimo sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo, imposible de ceder, inalienable. En cuanto a la licitud de la inseminación artificial en el matrimonio, decía el Santo Padre, bástenos por el momento recordar estos principios de derecho natural: el simple hecho de que el resultado al cual se aspira, se obtenga por este camino, no justifica el empleo del medio mismo; ni el deseo, en sí mismo muy legítimo de los esposos de tener un hijo, basta para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial que realizaría este deseo, egoísta en su esencia. Por otra parte,

²³² L.LAMARIBAS, Jorge, *La fecundación humana "in vitro"*, DE, 79-892

es superfluo observar que el elemento activo no puede ser jamás procurado lícitamente por actos contra natura. Siguiendo este criterio, no resulta extraño, que autores con una clara conciencia ética se nieguen a legitimar un procedimiento que rebaja y prostituye el misterio de la concepción, divorciándolo del acto de amor y convirtiéndolo en un experimento de laboratorio. La concepción es una sola y debe realizarse de acuerdo con las leyes de la naturaleza.

Consideramos que es inaceptable toda forma de inseminación y fecundación artificial en seres humanos, *inclusive la homóloga*, practicada dentro del matrimonio, ya que esta modalidad, que es la que más simpatías y adhesiones puede provocar, también incurre en el defecto básico de toda inseminación: la disociación entre el acto sexual normal y la concepción de un nuevo ser humano. Por otra parte, no debe olvidarse que para obtener el semen del marido es necesario que éste se masturbe, o sea, que todo el procedimiento se desarrolla a partir de un acto inmoral. Y aún cuando se argumente que la masturbación no es el único medio para obtener el semen, pues existen otros, como masajes y medios eléctricos, que logran excluir, para los demasiado escrupulosos, la simple masturbación; no nos convence, ya que los medios a que aluden dichos autores, conducen a un idéntico resultado: procurar solitariamente goce sexual, y esto - de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia - importa masturbación. La calificación no varía pues siempre estará separada de una relación normal entre dos personas de diferente sexo.

Por otra parte, el deseo de ser padre no constituye una pretensión absoluta que puede ser realizada a cualquier precio. La nueva vida debe producirse en un contexto de

amor consciente, libre y responsable entre dos personas de igual dignidad y grandeza. En la fecundación artificial no se dan estas características, ya que entre los cónyuges que recurren a esta técnica, están ausentes los sentimientos, los afectos, las aspiraciones y todo ese encuentro que se requiere para que pueda surgir la vida. La procreación se transforma entonces, en un cálculo de laboratorio que destruye la relación personal entre los cónyuges.

Otra de las cuestiones debatidas en estas técnicas es el carente respeto de la dignidad de las personas, en este caso; del no nacido. Estamos conscientes de que los experimentos científicos, médicos o psicológicos, en personas o grupos humanos, pueden contribuir a la curación de los enfermos y al progreso de la salud pública. Pero tanto la investigación científica de base como la investigación aplicada constituyen una expresión significativa del dominio del hombre sobre la creación. La ciencia y la técnica son recursos valiosos cuando son puestos al servicio del hombre y promueven su desarrollo integral en beneficio de todos; sin embargo, por sí solas no pueden indicar el sentido de la existencia y del progreso humano. La ciencia y la técnica están ordenadas al hombre que les ha dado origen y crecimiento; tienen por tanto en la persona y en sus valores morales el sentido de su finalidad y la consciencia de sus límites. Como sucede en la maternidad subrogada y en general, en las técnicas de reproducción asistida en el ser humano, no se pueden legitimar actos que en sí mismo son contrarios a la dignidad de las personas y a la ley moral. El eventual consentimiento de los sujetos no justifica tales actos. La experimentación en el ser humano no es moralmente legítima si hace correr riesgos desproporcionados o evitables a la vida o a la integridad

física o psíquica del sujeto. La experimentación en seres humanos no es conforme a la dignidad de la persona si, por añadidura, se hace sin el consentimiento consciente del sujeto.

En todos los casos de inseminación artificial o fecundación *in vitro* se busca en primer término satisfacer el deseo de los padres o de la receptora de tener hijos y se pone en segundo plano el bien del hijo mismo, cuando según la naturaleza debe ser a la inversa. Trastornando el orden natural, el acto se vuelve necesariamente inmoral e injusto.

Es necesario además tener en cuenta que toda fecundación *in vitro* es siempre injusta, pues lleva consigo la supresión de óvulos fecundados. La fecundación *in vitro* es inaceptable porque comporta necesariamente el sacrificio de vidas humanas, aunque sea sólo en el estadio inicial de su desarrollo. En efecto, se acostumbra a producir varios embriones, o también tener bajo observaciones paralelas a los gemelos originados por las escisiones (2, 4, 8) de las células fecundadas iniciales, para decidir si y cuándo proseguir con el embarazo. Por otra parte, ningún científico serio osaría iniciar un proceso de este tipo, capaz de desembocar en monstruosas reducciones, sin tener un control; pero el control significa interrumpir en seguida lo que no va bien, e interrumpir la vida humana es un homicidio, y un médico que respeta la vida humana no lo debe hacer. El Derecho tiene la obligación de castigar a los homicidas. Cualquier intento de fecundación *in vitro* será criminal, conforme al Derecho Penal. En ese acto delictivo han participado como coautores o cómplices los proveedores, la gestadora y los médicos e instituciones que hacen posible la fecundación y por tanto, todos deben ser castigados con penas proporcionadas a su culpabilidad e intervención en el ilícito.

La vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida. El derecho inalienable de todo individuo humano inocente a la vida constituye un elemento constitutivo de la sociedad civil y de su legislación. Los derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado.

A toda persona humana, sujeto de derechos, le corresponde "*lo que es suyo*" tanto si ha adquirido este derecho como si lo tiene por naturaleza. *Lo suyo*, el *tener derecho* es anterior a todo acto de justicia, por ser precisamente el fundamento de la justicia misma. Porque *dar a cada uno lo suyo* es una obligación insoslayable, de modo que, mientras no se cumpla, *lo suyo* clama por su dueño.²³³ *Lo suyo*, como objeto de Justicia y fin del Derecho, ha estado siempre presente en toda construcción del Derecho Civil. Los problemas actuales obligan a profundizar en qué es *lo suyo*, en relación a situaciones que antes no lo habían considerado. Así, por ejemplo, ahora *lo suyo* del no nacido salta a primera línea cuando se estudian los problemas del aborto; *lo suyo* de la mujer se vuelve una cuestión primordial, cuando se pretende legalizar la inseminación artificial, o la maternidad subrogada; *lo suyo* de todo hombre es el fundamento de los derechos del hombre y los derechos de la personalidad: entre otros, la vida, la integridad corporal, la libertad. Estos derechos, cercanos a la naturaleza humana, forman parte de *lo suyo*, pero

²³³ PACHECO ESCOBEDO, op. cit, pag. 10

el titular de esos derechos no puede disponer de ellos a su antojo, porque siendo suyos, por ser de su naturaleza, no puede despojarse de ello, como no puede renunciar ni modificar ésta. Seguirá teniéndolos aunque no los quiera y cometerá una injusticia quien no los respeta aunque cuente con el consentimiento del titular. Así, como persona, el hombre goza de una dignidad propia y natural, superior al Derecho y que éste no puede rebajar ni desprestigiar.

El primero y más importante de los derechos de la personalidad es el Derecho a la Vida. Sin él, no es posible ni siquiera hablar de otros derechos. Como el derecho a la vida deriva en forma primaria y directa de la naturaleza humana, debemos de afirmar que todo aquel que tenga esa naturaleza tiene derecho a vivir. Como toda persona tiene derecho a vivir, hay una obligación universal de todos los demás de respetar su vida. Por otra parte, el sujeto no puede disponer de su propia vida, porque la vida sirve para algo más que vivir, porque el fin trascendente para el cual está llamado el hombre, no está a disposición de éste, sino que el hombre naturalmente tiende a él y vive para alcanzarlo.

Por lo anterior, afirmamos que no existe un derecho sobre el propio cuerpo ni sobre el cuerpo ajeno, como sucede en la maternidad subrogada, para hacer valer argumentos como el derecho que posee toda mujer de tener a toda costa un hijo; de disponer de su propio cuerpo como le plazca utilizándolo, en este caso, como probeta y transmitir en propiedad a una criatura por considerarlo de su dominio particular. Así, nadie tiene derecho sobre su propio cuerpo para convertirse en proveedor de gametos - masculino o femenino -; por ningún título se puede adquirir derecho sobre el propio cuerpo ajeno para contratar la aportación de gametos.; el derecho sobre el propio cuerpo

que tiene toda mujer, no se extiende en ningún caso a efectos de ser inseminada artificialmente, ni para contratar sobre el cuerpo de una mujer para los servicios de gestación.

No se puede disponer del propio cuerpo, ni disponer del cuerpo ajeno - aunque exista consentimiento del sujeto - para actos en sí mismo inmorales. Como ya lo hemos mencionado anteriormente: el contrato de maternidad subrogada, en cualquiera de sus dos formas, tiene como antecedente necesario un acto injusto e inmoral, como es toda fecundación *in vitro*, ya que las partes están poniéndose de acuerdo para crear una situación necesariamente lesiva de los derechos que tendrá el *nasciturus* en cuanto exista, pues éste, como toda persona humana, tiene derecho a venir al mundo “en las mejores circunstancias *naturales* para su desarrollo físico y psíquico, su educación y su plenitud como persona”.²³⁴

Para finalizar, recordemos lo que bien enseña el Magisterio de la Iglesia al decir que es moralmente ilícita la maternidad subrogada porque “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 propio padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físico, psíquicos y morales que la constituyen”.²³⁵

²³⁴ *Ibid.*, p. 114.

²³⁵ SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, *op. cit.*, p.25

5. FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA.

El principio paulino de *mater sepe certa est* presenta una nueva realidad con la maternidad subrogada: la existencia de una mujer que presta su organismo para la gestación de un hijo que, en principio no desea, para entregarlo a otra mujer que no puede gestar.

En este sentido podemos mencionar tres supuestos:

1. la madre adoptiva aporta sus gametos para la producción del embrión que va a ser transferido a la madre sustituta. El problema que surge es evidente: quién es la madre, la que aportó el óvulo -madre genética- o la que gestó y dio a luz al recién nacido. Coinciden así madre genética y mujer que contrata su organismo para la gestación del embrión.

2. la madre subrogada aporta su óvulo fecundado por el varón de la pareja contratante. Coinciden en este caso, la madre genética con la gestacional. En este caso se trataría en realidad de la venta de un hijo, pues la mujer adoptiva no interviene en ninguna forma en la gestación del embrión.

3. A la madre subrogada se le transfiere un embrión con gametos de una tercera mujer: intervienen tres mujeres: madre genética (la dueña del óvulo), madre gestante (la que gestó a la criatura) y mujer de la pareja contratante que quiere ser la madre legal del recién nacido.

Con lo anteriormente expuesto se trunca el principio reconocido, hasta ahora, de que la maternidad siempre es cierta, ya que la maternidad genética y la de gestación no coinciden en una misma mujer.

Algunos autores consideran que debe considerarse como madre del recién nacido a aquella que da a luz, aún cuando exista un contrato en el cual la mujer gestante renuncie a todo derecho sobre la criatura que ha gestado. Debe prevalecer el sentido gestacional sobre el genético.

Así pues, para la determinación de la maternidad o paternidad en la maternidad subrogada o de sustitución habrá primero que establecer si se considera válido o nulo el contrato de subrogación.

a) Si consideramos válido este tipo de contrato, se presentan dos posibilidades al respecto:

1. Existencia de un solo contrato, el de subrogación, en el cual la paternidad y la maternidad se imputará a la pareja contratante en virtud de lo pactado en el contrato y la madre subrogada no tendrá ningún derecho sobre el niño, en virtud de la renuncia expresa en el contrato. La filiación matrimonial o no matrimonial, dependerá si la pareja contratante está casada o no.

2. El contrato de subrogación es la base para la posterior adopción del hijo, por parte de la pareja contratante o un miembro de ella. Es decir, con dicho contrato la madre subrogada renuncia a los derechos que pudiere tener sobre el niño por disposición expresa del contrato celebrado entre la pareja contratante y la madre sustituta. Generalmente, el hombre de la pareja contratante aporta sus gametos para fecundar al óvulo de la madre

subrogada, es por ello que la paternidad se deduce con la sola inscripción del niño como hijo natural del hombre de la pareja contratante. En el caso de la mujer, cónyuge del padre biológico, su filiación con el niño quedará establecida, una vez determinada la paternidad, con los posteriores trámites de adopción del niño como su hijo adoptivo.

b) Si consideramos inexistente el contrato de subrogación, cabe tomar en consideración aún así la posibilidad de llevarse a cabo, aunque sea ilícitamente, de este tipo de maternidad y del nacimiento del niño; en este caso ¿cómo se determina la paternidad y la maternidad de la criatura?

Antes de dictarse la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, gran parte de la doctrina consideraba que el hecho del parto determina la maternidad. Nueve meses de embarazo son motivo suficiente para que así ocurra, no importando que el óvulo hubiere provenido de otra mujer.

Con la promulgación de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se prohíbe la utilización de la maternidad subrogada o de sustitución conforme a su artículo 10.1: "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". Con ello cabe afirmar que para esta Ley:

1. Es nulo de pleno derecho y sin valor alguno el contrato por el cual se convenga gestar un hijo, gratuita u onerosamente, para otra mujer y en el que la primera renuncie a sus derechos materno-filiales en favor de la segunda.
2. No cabe exigir la entrega del recién nacido.

3. No cabe exigir el pago de la contraprestación pactada conforme al contrato.

4. Serán nulas las disposiciones contractuales sobre ciertas obligaciones de la madre subrogada consistentes en dejar de fumar, de beber o de abortar.

Si a pesar de considerarse nulo de pleno derecho el contrato de subrogación se emplea la maternidad de sustitución, la filiación de los hijos será determinada por el parto, sin tomar en consideración los intereses de la pareja contratante.

Lo anterior conforme a lo prescrito en el artículo 10.2 de la Ley mencionada, que dispone: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto".

Por tanto, la LTRA identifica a la madre legal con la mujer que gesta y da a luz al recién nacido, con independencia de la procedencia del óvulo o embrión. Se otorga preponderancia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética. A la madre genética no se le concede ninguna acción para reclamar su maternidad.

No obstante, los que disienten con la mencionada Ley en cuanto a la determinación de la maternidad por el parto, opinan que la ley debió considerar como madre a aquella persona que, en el contrato, estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. De lo contrario, se señala, se está yendo en contra de la regla que se aplica para la atribución de la paternidad-maternidad en los casos en que se recurre a la inseminación artificial y fecundación *in vitro*.²³⁶

²³⁶ HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre las Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada", op cit, p. 3044

En este sentido si la Ley prohíbe la maternidad de sustitución establece por ello un sistema de determinación de la maternidad disuasivo para las parejas estériles que quieran recurrir a esta técnica; de lo contrario la prohibición sería letra muerta y dichas parejas recurrirían a la técnica a pesar de estar prohibida.

En relación a la impugnación de la maternidad, la madre de sustitución no está legitimada para impugnar su propia maternidad, aunque se le haya transferido un embrión formado con el óvulo de la mujer de la pareja contratante o de una tercera mujer, porque la maternidad se determina por el parto. Así, tanto la madre genética como la de gestación, no están legitimadas para entablar la acción de impugnación de la maternidad.

Por otra parte, el hijo podrá impugnar su filiación no matrimonial de su padre biológico, según el artículo 10.3 de la LTRA.

El artículo 10.2, señala que: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

La regla establecida en el 10.3, es desafortunada, porque distorsiona el sistema de la propia ley, puesto que si ésta establece en el número uno, de este artículo, la nulidad del contrato, no se comprende bien cómo, a pesar de tal nulidad, pueda concederse al nacido una acción de reclamación de paternidad contra el padre biológico.

Desde otro punto de vista, se estima que cuando en esta disposición se señala que la acción de reclamación de la paternidad se regirá “conforme a las reglas generales”, se está remitiendo entre otras a las del artículo 8 de la LTRa. En cuanto a la frase “la posible acción... respecto al padre biológico”, se considera, que podría significar que

puede reclamar la paternidad el que aportó el semen para la fecundación y a su vez que puede dirigirse la acción contra él, si es conocido.²³⁷

Si la LTRA ha prohibido la maternidad de sustitución, quiere decir que la regulación de la filiación de los hijos nacidos por esta técnica no entra dentro del régimen especial establecido en la Ley; no se le aplicaría el artículo 7.1 de la LTRA ("La filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este artículo"). Luego, tanto la atribución de la paternidad-maternidad y las acciones de filiación deben regirse por las normas generales establecidas en el Código Civil. Por tanto, en el caso de que el padre biológico se niegue a reconocer al hijo nacido por esta técnica, éste podrá entablar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, de acuerdo al artículo 133 del Cód. Civil Español.

De acuerdo a lo anterior, consideramos que hay que matizar las distintas posturas para dar un criterio claro y razonable. Es evidente que entre juristas y científicos se ha entablado un animado debate en torno a la asunción del papel de padre y de madre y de las responsabilidades consiguientes a la aplicación de la técnica de fecundación: la maternidad subrogada.

Como hasta ahora nuestra legislación mexicana y la de muchos otros países ha sido omisa en el estudio general de la reproducción asistida y, por tanto, de la maternidad subrogada; lo único que nos queda como recurso es la doctrina.

²³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F. "Aspectos Jurídicos privados más relevantes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *op.cit.*, p. 577

Así pues, la doctrina que prevalece ubica en el principio de derivación biológica el supuesto indispensable para la afirmación de cualquier relación jurídica de filiación.

Hay quien piensa, en cambio, que el elemento biológico constituye sólo una premisa del vínculo jurídico que liga al padre y al hijo, y que el carácter jurídico de la relación deriva de un concepto de responsabilidad social.

La tesis intermedia expresa el intento del derecho de hacer coincidir la relación natural con la relación jurídica.

Algunos exponentes sostienen que no puede asignarse valor absoluto al vínculo biológico. La directriz constitucional es en el sentido de una coincidencia tendencial entre relación natural y jurídica, pero el desfase es aún posible en función del interés primario de la personalidad del menor. Al hecho de la generación se le vincula a una responsabilidad por la procreación, que parece, por lo demás, coherente con la perspectiva solidaria que anima todo el sistema.

Según esta perspectiva, con referencia al caso concreto de la fecundación *in vitro* - incluyendo por tanto a la *maternidad subrogada* - con donación de gameto masculino, la solución aceptable es la siguiente: cuando la solicitud de fecundación artificial provenga de mujer casada, será el padre el marido de la madre, salvo desconocimiento; cuando intervenga otra mujer que proporcione el gameto femenino y acepte la gestación, pero que declare al nacido hijo de madre desconocida, el padre social que haya aportado el gameto puede reconocer al nacido como hijo natural. Con base en la normativa vigente, la madre se identifica con aquella que ha parido, según un doble criterio: a) la mujer que provee a la gestación de un embrión, concebido por obra del marido y de otra mujer, es la madre

del nacido; éste es hijo legítimo de la pareja; b) los padres genéticos dan origen a un embrión, que es luego implantado en el útero de otra mujer; madre es la gestante, pero si ésta, ante los hechos no reconoce al nacido y lo declara hijo de madre desconocida, se abre la posibilidad del reconocimiento por parte de los padres naturales; c) cuando la madre gestante que además ha aportado el óvulo no pretenda mirar por el nacido concebido con semen del marido de la pareja casada, la madre social puede adoptarlo.

Hay quienes intenta conciliar las tesis opuestas. La relación de derivación biológica es un supuesto insuficiente para la filiación, puesto que, teniendo en cuenta la participación del hombre y de la mujer en el acto generativo y la responsabilidad que la ley les impone, el elemento naturalista de la paternidad legítima y natural hay que considerarlo en una donación más amplia del ser.

En muchas hipótesis de fecundación artificial, el principio de la correspondencia entre certeza formal y verdad biológica no encuentra aplicación. En el caso, por ejemplo, de la donación de gameto por parte de un tercero ajeno a la pareja, el acto del donante no constituye un caso típico causal del efecto jurídico de la filiación; la relación biológica sigue inmutable, pero no se vuelve relación jurídica relevante.

En cuanto al problema de la pertinencia del papel de madre entre la mujer que proporciona el óvulo y la gestante, se pueden pensar dos soluciones: 1) el título de la madre compete a la mujer que ha proporcionado la célula germinal con su propio patrimonio cromosómico; 2) es madre la que ha recibido el óvulo y llevado a término el proceso de gestación. Está luego una tercera solución relativa al concepto de "madre social", que apela a la aplicación de las normas de la adopción.

Para algunos autores es refutable la tesis de quien ve en la relación biológica la premisa indispensable y única de toda relación jurídica de filiación. Nuestro Código Civil Mexicano en sus artículos 324 y 325 pone como fundamento de la filiación y como condición necesaria, el hecho de la convivencia conyugal de la madre y del presunto padre, al tiempo de la concepción, esto es, pone como fundamento una *situación social*. Por otra parte, las normas del ordenamiento reconocen el vínculo civil de la legitimación y de la adopción además de la paternidad biológica y legal.

Si, por consiguiente, el fundamento normal de la paternidad y de la maternidad reside en la relación biológica, considerando las dificultades de prueba inherentes a algunos casos específicos, o también con la finalidad de salvaguardar la unidad familiar, la ley a veces prescinde de la búsqueda del elemento biológico.

Así pues, sostenemos que el matrimonio sigue siendo, en todas partes, el prototipo de organización natural y social dentro del cual se inserta la relación de filiación. Pero, *junto con ello*, se conocen otras instituciones jurídicas creadas para regular la relación del padre con los hijos generados fuera del vínculo.

Según el parecer de algunos estudiosos, el fundamento de la relación de filiación hay que buscarlo en el elemento de "voluntariedad". No hay voluntariedad en el acto de quien pone a disposición el propio semen, sin la intención de fecundar a una mujer. Para la atribución de la paternidad se requiere la voluntad precisa de concebir un hijo con una mujer determinada, la cual acepta ser fecundada. En la base de la relación de filiación está el concepto de paternidad y maternidad responsable. Hay que distinguir dos hipótesis:

1) voluntad de usar el propio gamento masculino para la fecundación de una mujer a fin de tener juntos un hijo propio; 2) voluntad de entregar el gameto masculino propio para que otros lo empleen para la fecundación de una mujer. En el primer caso, la actitud voluntaria del hombre permite atribuirle la plena responsabilidad del acto y el reconocimiento de la paternidad. En el segundo caso, falta totalmente el elemento voluntario encaminado a constituir una familia. Debe excluirse la relación de paternidad en la persona que donó el semen. En el caso concreto constitutivo de filiación, en relación con la fecundación artificial, concurren dos elementos: a) la derivación genética; b) la voluntad del destino del semen con objeto de fecundar a una mujer determinada para el nacimiento de un hijo común.

Para la atribución de la paternidad, el razonamiento es más complicado en caso de sujetos concurrentes en la generación. Al nacimiento del hijo han concurrido dos mujeres: la madre genética ha proporcionado el óvulo, la gestante ha llevado a término el embarazo. También aquí se recurre al principio de voluntariedad.

Estamos ante una evidente ambigüedad: una es la madre que ha llevado en su seno al concebido, y otra la madre que ha proporcionado el patrimonio genético. Biológicamente el recién nacido pertenecerá a la madre genética; jurídicamente será hijo de la mujer que lo ha parido, la llamada *madre subrogada*. El elemento naturista parece por sí solo insuficiente para fundamentar la relación de filiación y hay que referirse más bien al *criterio psicológico-social de la responsabilidad* para justificar la atribución de paternidad. A este propósito, tal vez se puede aceptar como criterio de lectura unánime de la doctrina la eficaz expresión de TRABUCCHI: "para definir la relación de paternidad se

requiere, junto con otros elementos, la presencia del factor físico, elemento de verdad, una correspondencia de orden social, que en otro tiempo se expresaba principalmente en el concepto de acogida, pero que nosotros los modernos debemos más bien referir a un *elemento de autorresponsabilidad*.²³⁸

Siendo omisa hasta hoy la legislación positiva civil; ésta tendrá que velar sobre todo al bien del recién nacido y establecer una protección del menor. En este sentido, nosotros sostenemos el criterio aludido de *autorresponsabilidad* conforme al cual la relación de filiación se establecerá con aquella persona que quiera al hijo y por consiguiente, voluntariamente se responsabilice de cumplir con el deber de mantener, instruir, y educar al hijo, ejerciendo la patria potestad; aunque haya nacido fuera del matrimonio. Como evidentemente se ha cometido un acto injusto con el hijo al cual se le ha privado de crecer en circunstancias *normales*; los demás implicados, quedarán obligados subsidiariamente para el caso de que el primero no cumpla.

Aún cuando el principio voluntarista es el que mejor resuelve - en un principio- el problema de filiación; éste no es absoluto, pues en ocasiones se tendrá que recurrir al principio del nexo biológico para dar respuesta a otros problemas. Para explicarnos mejor, a continuación enumeraremos los supuestos que pueden ocurrir con base en la reclamación de la relación paterno-filial.

I. Madre genética o madre biológica desea quedarse con el hijo, y establecer esa relación de filiación. Aquí la voluntad se disocia entre las madres: una quiere al hijo y la otra no.

²³⁸ TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*; 10ª Edic CEDAM Padova 1971, p. 157

Parece que no existe problema: el vínculo filial debe ser determinado teniendo en cuenta quién ha tenido la voluntad de querer el hijo y asumir el rol materno al momento de nacer aquél.

2. Madre genética o madre biológica desean quedarse con el hijo. O por el contrario ninguna desea quedarse con el recién nacido. Este es el supuesto que realmente comporta un conflicto extremo. Para resolverlo tendríamos que hacer primero una distinción:

a) *Maternidad subrogada de gestación.* Una de las madres aporta el óvulo fecundado con el espermatozoide de su marido y, la otra, lleva a término la gestación.

b) *Maternidad subrogada plena.* Una de las madres aporta el óvulo fecundado con el espermatozoide del marido de otra mujer y, además, lleva a término la gestación.

Existen suficientes argumentos dentro de la doctrina internacional para considerar que es la madre genética quien debe obtener la patria potestad del hijo, así como buenos argumentos también para otorgársela a la madre de gestación; todos ellos elaborados más con el sentimiento que con la razón. Con ello, consideramos que la solución que damos a continuación debió tener como fundamento la objetividad, quedando como sigue:

1) *Maternidad subrogada de gestación:* la madre es realmente la que presta el óvulo y, por tanto, ella es la madre genética o biológica, porque la concepción se produce por la fecundación del óvulo y espermatozoide de la pareja. Luego el hijo es consanguíneo de ambos, y toda su herencia genética la lleva de sus padres.

Además, siguiendo también un poco lo voluntario, ellos son los que tuvieron la voluntad de procrear desde un principio con lo que coincide de alguna forma el *nexo biológico* y la *autorresponsabilidad*.

1) *Maternidad subrogada plena*: La madre subrogada es sometida a una inseminación artificial donde ella aporta su propio óvulo pero que es fecundado con el semen del marido de otra mujer, y además, gesta al embrión y lo da a luz. Aquí, al contrario del supuesto anteriormente analizado, “en el genotipo del niño participan la madre uterina y el esposo de la mujer estéril (madre social pero no real), de suerte que la madre resulta ser aquella y no ésta”.²³⁹ Por otra parte, esta posición supera el argumento de quienes afirman que la madre social pero no real siempre tendrá dificultad para desvanecer el trauma psicológico consistente en el hecho de que ese niño que ha adoptado es en realidad el hijo de su marido con otra mujer a causa de su incurable esterilidad; complicando así el vínculo afectivo de ésta con el recién nacido y por si fuera poco, el de los propios cónyuges donde quedaría la incertidumbre de una infidelidad no declarada pero latente.

En ambos supuestos, la mujer que no ha adquirido la patria potestad, no podrá reclamar su maternidad, ni tampoco impugnar el vínculo de quien la ha obtenido.

²³⁹ LLEDO YAGÜE, *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, en II Congreso Mundial Vasco, “La filiación a finales del siglo XX”, p. 327.

6. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN POR MATERNIDAD SUBROGADA.

Es evidente que el primer efecto jurídico de la maternidad subrogada es la relación filial con sus padres legítimos. En este sentido, cabe hacer referencia a la postura a la que nos adherimos para establecer los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.

1. Maternidad Subrogada por gestación.

Madre: la mujer que aportó el óvulo.

Padre: el esposo o el concubinario de la mujer que aportó el óvulo, en éste último caso sólo si reconoce voluntariamente al hijo como hijo nacido fuera de matrimonio; de lo contrario será reconocido únicamente por la madre. Aquí se aplica la presunción civil de que es hijo de un padre el nacido dentro de matrimonio. (arts.324, 325 y 360 del Cód. Civil Mexicano).

2. Maternidad Subrogada Plena:

Madre: la mujer que aportó el óvulo y llevó a término la gestación.

Padre: el esposo o el concubinario de la mujer a quien se le reconoce su maternidad. Se aplica la presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio y del reconocimiento voluntario del hombre que cohabita con la mujer; en este último caso, su voluntad de reconocimiento queda comprobada con el consentimiento otorgado por escrito para que su mujer fuera inseminada artificialmente.

Somos partidarios de que para protección del menor, el consentimiento dado por el marido o concubinario debería impedir la posibilidad de desconocer al hijo. Así como también, la posibilidad de impugnar la paternidad por cualquier interesado; pues es evidente que nadie a obrado de buena fe al traer al mundo a una criatura en circunstancias tan denigrantes para el menor.

En cuanto a los efectos de la filiación de los hijos nacidos por FIVET también es necesario distinguir entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales.

1. Para los hijos legítimos:

a) Tienen derecho a llevar los apellidos de sus padres. Aunque nada diga el Código Civil, por mayoría de razón afirmamos lo anterior, pues los naturales reconocidos lo tienen (art.389, Fracc. 1).

b) Tienen derecho a ser alimentados por sus padres.

c) Tiene derecho a vivir en el hogar conyugal, y para eso el Código Civil les marca como domicilio legal el de sus padres (art. 32, Fracc. 1) y les obliga a vivir con ellos (art.421).

d) Tienen derecho a ser educados por sus padres quienes no sólo han de proporcionar los medios económicos para adquirir cultura sino sobre todo creando y manteniendo el ambiente familiar propicio para el desarrollo armónico del hijo.

e) Tiene derecho a la porción de hijo en la herencia legítima y a una pensión testamentaria en caso de necesidad.

II. Para los hijos nacidos fuera de matrimonio los efectos de la filiación son los mismos, con la excepción del derecho a vivir en el hogar de sus padres, pues ni aún en el caso de concubinos existe ese derecho, pues los concubinos no tienen obligación de vivir juntos y por tanto terminan la vida en común cuando cualquiera de ellos lo decida. El derecho a ser educados por sus padres también sufre demérito en el caso de estos hijos, pues los padres que no viven con él, no pueden realizar esta obligación con toda plenitud.

Otro de los efectos jurídicos que derivan propiamente de la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada es que siendo un *acto ilícito*, conforme al Capítulo V, Título I, Primera Parte del Libro IV; se genera una obligación, es decir, una responsabilidad por la realización de un ilícito conforme al artículo 1910 del Código Civil; de esta forma, se obliga a los autores del mismo - por haber causado en común un daño son responsables solidariamente (art.1917) del Código Civil Mexicano - a pagar daños y perjuicios en razón de alimentos al hijo; aunque la patria potestad la ejerza otra persona u otro matrimonio. También se le debe al hijo reparación del daño moral en los términos del Código Civil (art.1916), quedando obligados todos los que intervinieron en el proceso de fecundación *in vitro*.

Desde un punto de vista penal, todos los que intervinieron en la realización de este proceso de FIVET serán coautores del delito de aborto prohibido por nuestro Código Penal para el Distrito Federal.

CONCLUSIONES.

1. Rechazamos sin reservas las técnicas de inseminación artificial, fecundación in vitro y demás procedimientos en boga como la creación de seres humanos idénticos, la clonación, la selección del sexo y la producción de híbridos mediante cruce de gametos humanos y gametos animales, entre otros, por ser contraria al dignidad de ser humano, propia del embrión y que lesionan el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio. **El ser humano - desde su concepción hasta su muerte - nunca puede ser un medio para ningún fin. La vida humana no puede ser nunca un simple instrumento ni para el progreso de la medicina ni para el beneficio de otras personas.**

2. Rechazamos la utilización de estas técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la maternidad subrogada. Sin embargo, si se realizara tal gestación por maternidad subrogada y hubiera descendencia, la madre legal será la gestante para el caso de maternidad subrogada plena, y la madre genética en caso de maternidad subrogada por gestación. Atendiendo en estos casos, los efectos jurídicos que mencionamos en el apartado 6 del Capítulo Cuarto de este trabajo.

3. Solo se admiten los procedimientos que faciliten la normal realización del acto conyugal o los encaminados a que la unión sexual, naturalmente realizada, alcance sus efectos procreativos. Así, el médico técnico puede facilitar el acto conyugal mediante ciertos "medios técnicos" como son la reparación de trompas obturadas o la regulación de un problema hormonal, e incluso realizando injertos;

“ayudando a la naturaleza”. El silencio sobre estos progresos de la cirugía de las trompas o de los tratamientos de infertilidad, se debe a que, evidentemente, son algo mucho menos sensacional que un embrión en el frigorífico. Y sin embargo estos medios - de auténtica medicina - permite el nacimiento de un número de niños infinitamente superior a los logros de la fecundación *in vitro*.

4. La investigación y la experimentación sobre embriones humanos sólo será lícita siempre que se respete la vida no causando daño alguno a su vida y a su integridad ni a la de la madre; sin exponerlo a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación. En estos casos se requerirá del consentimiento de los padres, sin vicio alguno, a la intervención sobre el embrión.

5. Los embriones o fetos humanos que - a causa de la utilización de la fecundación *in vitro* - hayan sido abortados o no, deben ser respetados como los restos mortales de los demás seres humanos en el sentido de que no existe un derecho sobre el cuerpo ajeno y por consiguiente, no podrán ser objeto de mutilaciones, autopsias sin el consentimiento de los padres, y mucho menos objeto de tráficos comerciales para su empleo en la industria de cosméticos, entre otros fines.

6. La destrucción voluntaria de embriones humanos obtenidos por fecundación *in vitro* con el objeto de investigar reviste una falta grave pues tipifica el delito de homicidio calificado: premeditación, alevosía, ventaja y traición contra el ser más débil que pudiera existir. En este sentido, la legislación positiva deberá establecer las sanciones pertinentes para tal atrocidad.

7. La congelación de embriones, aunque se realice para mantener la vida del embrión, es contraria a la dignidad de la persona humana, ya que se les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física.

8. Las intervenciones sobre el patrimonio cromosómico y genético que no son terapéuticas, sino que tienen como fin seleccionar el sexo u otras cualidades, atentan contra la dignidad personal del ser humano, a su integridad y a su identidad.

9. Con la procreación artificial se impone el dominio no ya desde dentro del acto sexual, sino desde fuera, de modo que el origen de la vida humana se pone como el resultado de una causa externa, extrínseca y diversa del acto esponsal: el biólogo construye el embrión, lo controla, lo sigue en su desarrollo; pero jamás lo protege por no constituir para él un valor *per se*. Sin embargo, la procreación no es un acto transferible por parte de los esposos, ni a los biólogos, ni a los médicos, ni al Estado.

10. Los procedimientos de procreación artificial en su forma heteróloga constituyen además un ataque directo a la armonía del matrimonio y de la familia, que requieren una mutua y profunda comunicación entre sus elementos. No sólo se destruyen los vínculos íntimos que han de existir entre ambos cónyuges, sino que se priva al hijo de su derecho natural a nacer en una familia, y a la sociedad del valor que constituye la fidelidad.

11. La FIVET heteróloga, sea fuera del matrimonio (mujeres solteras o viudas) o contra el matrimonio, se pone en evidente contradicción con la propiedad de la unidad del matrimonio.

12. La FIVET homóloga ha de ser excluida por su oposición a la conexión entre los bienes del matrimonio y entre los aspectos unitivo y procreativo de la sexualidad. La disponibilidad para la transmisión de la vida no hace legítimo el ejercicio de la sexualidad fuera del matrimonio o contra el matrimonio.

13. Actualmente, la FIVET está relacionada de hecho, en varias fases clínicas, con la pérdida de embriones y con el aborto procurado. Bajo este aspecto, está en contraste con el principio de inviolabilidad de la vida humana.

14. La FIVET, en la actualidad, obtiene un promedio de nacimientos muy bajo en relación con el alto número de embriones que se malogran. Desde el punto de vista médico, es una técnica muy poco eficaz. En otros tipos de tratamientos, esa probabilidad de éxito resultaría inaceptable. Un oftalmólogo no propondría a ningún paciente operarse de las cataratas, si el riesgo de dejarlo ciego fuese de 3 a 1. En el caso de la FIVET se trata no de perder la vista, sino vidas humanas, y en una proporción mayor.

15. Respecto a las aberraciones que se prospectan en torno a la FIVET podemos encontrar: la fecundación de un óvulo con otro óvulo prescindiendo del gameto masculino, la clonación de seres humanos, la institución de bancos de tejidos de embrión congelados en el momento en que llegan al estadio 3-4 semanas, para poder ser transferidos y regenerar órganos dañados, el embarazo masculino, la gestación de embrión humano en animales, etc.

16. Hay que subrayar el fuerte trauma psicológico que la FIVET provoca en muchos casos. Las parejas se echan en cara recíprocamente todo su conflicto interior. Todo esto porque la mujer pierde de vista el sentido de lo que está haciendo,

imaginándose que puede eludir los límites de la naturaleza. Pero al final, el subconsciente resurge, y con él, el sentido de lo que es el hombre. Este tipo de nacimientos puede dañar no sólo el armonioso desarrollo del individuo, sino también el de la familia y el de la sociedad entera.

17. Es rechazable la *maternidad subrogada*, pues representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable. Lesiona los derechos del hijo, pues se le priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. La separación de la unión conyugal causa, entre otras cosas, una diversificación entre paternidad y maternidad genético-biológico, gestacional y legal. Se destruye la definición misma de maternidad y comunidad familiar. Ahora ya no queda claro el principio clásico: *Mater semper certa est*. De esta forma, se pierde de vista el valor de la persona humana como un valor inviolable, la persona se convierte en una pura mercancía de múltiples usos: por ejemplo, experimentaciones indignas, o "el alquiler de útero". Así, la capacidad admirable de la mujer para ser madre se utiliza para otras prestaciones, y el niño se convierte en un objeto transferible como cualquier otra mercancía, decidiendo cada vez qué relación de propiedad se ha de instituir con él. Y además, dando paso a encargos de maternidad, no ya por razones de imposibilidad biológica, sino por simple comodidad para evitarse una "gestación molesta" (miedo al embarazo, perjuicios profesionales para actrices o modelos, etc.). Con todo esto, lo único claro es el absurdo que se deriva de una decisión por la que el niño es convertido en una especie de mercancía susceptible de contratación e intercambio oneroso; despojando al hijo de su dignidad humana.

Es entonces, cuando se inicia un sin fin de consecuencias sin sentido en la que no cabe ningún arreglo legal sensato.

18. El matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino sólo el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación. No existe un verdadero y propio "derecho al hijo". El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como objeto de propiedad: es más bien un don. El deseo - laudable - de tener hijos no puede lesionar otros intereses más altos.

19. Los esposos pueden hacer otros importantes servicios en favor de tantas personas necesitadas, como, por ejemplo, la adopción, los variados tipos de labores educativas, la ayuda a otras familias, a los niños pobres o minusválidos.

20. Una ciencia sin criterios éticos no ayuda al verdadero progreso y puede tender a la destrucción de la humanidad y del mundo. La ciencia no es un ídolo al que se debe sacrificar todo; no es un absoluto. El hombre ha comenzado a ser científico para ser más hombre, no para destruir a la humanidad. Cuando la ciencia toca al ser humano en su intimidad, en su origen, debe dejarse guiar de los criterios éticos para seguir siendo ciencia humana. En el momento en que la ciencia pierde esta profunda identidad *genética*, ya no es ciencia, es sólo un caos.

21. Solo las innovaciones técnicas que respetan *objetivamente* la dignidad de la persona humana constituyen un valor positivo. El criterio de discernimiento para la medicina no puede ser sólo el éxito en la superación de las barreras biológicas, sino también y principalmente el respeto de los valores humanos y religiosos que distinguen la procreación de la simple reproducción animal. Por tanto, se debe estimular a los científicos para que prosigan sus trabajos de investigación, con objeto de poder prevenir y

remediar las causas de la esterilidad, salvaguardando siempre la dignidad de la procreación humana.

22. El Estado no debe continuar con esa visión neutral respecto a la moral y con una concepción totalmente relativista de la moral. Recordemos, que la convivencia social sólo se hace posible allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales de la persona: sin esto el Estado pierde su legitimidad. Es en este nivel, donde debe recordar el respeto de los derechos fundamentales de la persona sobre los cuales se basa la sociedad; que no es una realidad creada por el Estado, sino algo recibido, algo que el Estado debe tutelar.

23. Cuando el Estado se encargue de tutelar el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, necesariamente deberá prohibir todo uso de técnica de reproducción asistida, pues no se trata únicamente de una ley prohibitiva sino una ley que pugna por renovar el respeto de la vida y el amor de la persona humana. Tener un hijo a cualquier precio no es amor: hacia tal hijo en cuanto que se le considera como una posesión personal, un hijo jamás podrá tener tal categoría.

24. El Estado debe poner su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, pues de lo contrario, se quebrantan los fundamentos mismos del Estado de derecho. El respeto y la protección que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que se prevea una legislación tutelar del no nacido así como sanciones penales y civiles apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos.

ANEXOS

INGLATERRA

RECOMENDACIONES DEL INFORME DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA
SOBRE FERTILIZACIÓN HUMANA Y EMBRIOLOGÍA.

Presidente: Mary WARNOCK, Dama del Imperio Británico (DBE).

Presentado al Parlamento por: El Secretario de Estado para Servicios Sociales;

El Lord Canciller;

El Secretario de Estado para Educación y Ciencia;

El Secretario de Estado para Escocia;

El Secretario de Estado para País de Gales;

El Secretario de Estado para Irlanda del Norte.

Impreso por Orden de Su Majestad en julio de 1984.

LONDRES

IMPRESA DE SU MAJESTAD LA REINA

INTRODUCCIÓN

1. Hemos abierto esta investigación para examinar, entre otras cosas, las implicaciones éticas de las evoluciones registradas en este ámbito. En la práctica corriente, el término "ético" no resulta totalmente inequívoco. Suele emplearse, por ejemplo, en un contexto médico o legal, haciendo referencia a una práctica aceptable desde un punto de vista profesional. Pro nuestra parte, nos hemos visto obligados a interpretar el concepto de ética en un sentido menos restringido habiendo tenido que centrar nuestra atención no sólo en las prácticas predominantes en el futuro y en su posible cuerpo legislativo sino en los principios en los que se basarian esas prácticas y esa legislación.
2. Los miembros del comité de investigación se mostraron reacios a producir la impresión de que trataban de imponer sus criterios en materia de moral al público en general. Asimismo, se dieron cuenta de que la expresión de sus propios sentimientos no constituiría una base válida para sus recomendaciones, ni siquiera en el caso de que todos ellos estuvieran en una misma línea. Como hemos podido colegir por la lectura de los testimonios a los que hemos tenido acceso, los sentimientos del público en general con referencia a estos temas son muy vivos y de indole muy diversa; por otro lado una indignación basada en consideraciones de orden moral o un estado de profundo malestar puede desempeñar el papel de argumentación. Sin embargo, el hecho de que no sea posible separar unas conclusiones de carácter moral de sentimientos no están en antagonismo. Si, tal como creemos, nuestra misión era intentar revelar a la luz el bien público en su más amplia proyección y hacer recomendaciones en este sentido, teníamos que adoptar entonces "un criterio uniforme y de carácter general", de acuerdo con las palabras de un filósofo. Así y con ese objeto hemos intentado en los capítulos de este informe argumentar en favor de las actitudes concretas que hemos adoptado y sopesar debidamente los argumentos en su contra, allí donde existieran.
3. La importancia que hemos otorgado a los argumentos puede inducir al error de suponer que los planteamientos y los sentimientos morales dentro del comité de investigación se han regido por el denominador común de la uniformidad. La realidad, sin embargo, es que nuestros sentimientos y reacciones personales han sido tan diversos como los que se descubren en la argumentación disponible. Algunos tienen una idea clara de la familia y de su papel en la sociedad. Al considerar las distintas técnicas a las que nos enfrentamos han hecho hincapié particular en la primacía de los intereses del niño y en la salvaguarda de los valores de la familia. Otros miembros han exteriorizado convicciones igualmente sólidas acerca de los derechos del individuo dentro de la sociedad. Sean cuales fueran nuestros sentimientos y reacciones originales todos hemos podido comprobar cómo nuestros sentimientos cambiaban y resultaban modificados a medida que íbamos examinando los testimonios existentes con mayor detalle. Esta ha sido una de las razones que nos han inducido a basar nuestros puntos de vista más en argumentos que en sentimientos, sin perjuicio de ser siempre

conscientes de la realidad incontrovertible de que los negocios de importancia fundamental no son susceptibles de demostración.

4. Alguien con una mentalidad estrictamente positivista adoptaría el criterio de que, a la vista de ciertos procedimientos, debería resultar posible calcular sus beneficios y sus costos. Sus ventajas futuras, ya terapéuticas ya científicas, deberán sopesarse frente a los perjuicios presentes y futuros. Sin embargo, incluso si ese cálculo fuera posible, no podría darnos una respuesta definitiva o comprobable a la disyuntiva de si es justo que se lleven a cabo esos procedimientos. Siempre seguiría planeado la posibilidad de que su práctica resultara inaceptable fueran cuales fueran sus beneficios considerados a largo plazo. Las cuestiones morales tales como aquellas que nos han ocupado aquí son, por definición, cuestiones que entrañan no solo un cálculo de consecuencias, sino también sentimientos muy intensos con respecto a la naturaleza de las actividades inherentes a la ejecución de esas prácticas.
5. Nos vimos, por consiguiente, obligados a tomar muy en serio los sentimientos expresados en el conjunto de testimonios disponibles. Y, como ya hemos indicado, sería ocioso tratar de ocultar la gran diversidad de sentimientos morales presentes, que tienen su origen en convicciones religiosas, filosóficas o humanistas. Lo que si constituye un factor común (y esto también surge de los testimonios existentes) es que la gente quiere, por lo general, que la elaboración y explotación de las nuevas técnicas estén regidas por ciertos principios u otros. Deben instrumentarse algunas barreras que no deben cruzarse, fijarse ciertos límites que no deben transgredirse. Por otra parte, ese deseo de contención no responde a un simple capricho. La propia existencia de la moralidad depende de esas limitaciones. Una sociedad que no tuviera inhibiciones, sobre todo en los aspectos objeto de estudio aquí, los problemas del nacimiento y de la muerte, de la formación de las familias y de la valoración de la vida humana, sería una sociedad sin escrúpulos morales. Y eso no lo quiere nadie.
6. Al reconocer que debe haber límites, la gente rinde testimonio a la existencia de un ideal moral de sociedad. Pero en nuestra sociedad pluralista no cabe esperar la enunciación de un conjunto de principios, sean cuales sena, susceptibles de recibir la aceptación completa de todos. Esto no significa que la enunciación de principios sea arbitraria, o que no exista ninguna moralidad compartida. La ley en sí misma, obligatoria para todos los miembros de la sociedad, con independencia de sus creencias, constituye la personificación de una actitud moral común y establece un amplio marco sobre lo que es aceptable moralmente en una sociedad. Otro filósofo lo explica de esta forma: "las razones que mueven a un hombre reflexivo a preferir un ... sistema legal a otro deben ser de orden moral, es decir, que debe encontrar sus razones en un cierto orden prioridad de intereses y de actividades, en el modelo de vida que merece sus elogios y su admiración. O sea, que al recomendar una legislación estamos abogando por un modelo de sociedad que todos nosotros podamos alabar y admirar aun cuando nos sintamos inclinados, individualmente, a descartar que fuera diferente en algunos detalles. Dentro de los amplios límites que permite un sistema

legislativo hay espacio para la presencia de normas morales diferentes y, quizás, mucho más severas. Lo que resulta legalmente permisible puede ser tenido por unas exigencias mínimas a los ojos de una sociedad tolerante. Individuos o comunidades pueden adoptar voluntariamente patrones mucho más exigentes. Nuestra misión, sin embargo, ha consistido en recomendar los métodos de establecimiento del amplio marco que delimita nuestro ámbito concreto de preocupaciones.

7. Somos conscientes de que algunos han pensado en la posibilidad de que nosotros hayamos establecido los límites, o hayamos sugerido la erección de barreras en lugares falsos. Pero por lo menos esperamos haber manifestado con toda claridad nuestras ideas sobre lo que debe hacerse, y haber expuesto, en la medida de lo posible, el razonamiento que ha alimentado nuestras recomendaciones.
8. Es un principio aceptado generalmente la necesidad de establecer barreras; en lo que el acuerdo ya no es universal es en el lugar donde deben levantarse. La cuestión, a fin de cuentas e determinar el tipo de sociedad que podemos alabar y admirar y el patrón de sociedad en la que podemos vivir con una consciencia tranquila.

LISTA DE RECOMENDACIONES.

A. El organismo encargado de conceder autorizaciones y sus funciones.

1. Se establezca una nueva autoridad estatutoria que regule tanto la investigación y los servicios de lucha contra la esterilidad que hemos recomendado que sean objeto de control.
2. Debería existir una notable representación profana en la autoridad estatutoria que regule la investigación y los servicios de lucha contra la esterilidad, y el presidente debería ser una persona profana.
3. Todos los médicos que ofrezcan los servicios que hemos recomendado deberían actuar solo bajo licencia y las instalaciones utilizadas deberían serlo como parte de esa licencia, incluyendo la provisión de semen fresco y bancos para el almacenamiento de óvulos humanos, semen y embriones congelados concedida por ese organismo.
4. La IAD debería existir bajo los cauces de una organización bien dispuesta y depender de los acuerdos de autorización descritos en el Capítulo decimotercero, a la disposición de las parejas estériles en quienes se pudiera aplicar siguiendo un tratamiento apropiado. La provisión de servicios de IAD sin licencia a tal efecto debería constituir un delito.
5. Los servicios de FIV deberían continuar existiendo y depender del mismo tipo de concesión de autorizaciones e inspección que hemos recomendado con respecto a la reglamentación de la IAD.
6. La donación de óvulos debería ser aceptada como una técnica reconocida en el tratamiento de la esterilidad, sujeta al mismo tipo de autorización y controles que hemos recomendado para la reglamentación de la IAD y la FIV.

7. La forma de donación de embriones que implicara un óvulo y semen donados reunidos in vitro debería aceptarse como tratamiento contra la esterilidad, sujeta al mismo tipo de autorización y controles que hemos recomendado con respecto a la reglamentación de la IAD, la FIV y la donación de óvulos.
8. La técnica de donación de embriones por lavado no debería utilizarse en la actualidad.
9. No debería aplicarse la técnica de los óvulos congelados en procedimientos terapéuticos mientras las investigaciones no hayan demostrado que no existe ningún riesgo inaceptable. El organismo encargado de la autorización revisará esa situación.
10. La utilización clínica de embriones congelados podría continuar desarrollándose sujeta a revisión por parte del organismo encargado de conceder las autorizaciones.
11. Debería permitirse, bajo licencia únicamente, la investigación realizada sobre embriones in vitro así como la manipulación de dichos embriones.
12. No se debe mantener vivo ningún embrión derivado de una fecundación in vitro, ya sea congelado ya sea sin congelar, si no se trasplanta a una mujer, pasados los catorce días de la fecundación, ni tampoco puede ser utilizado como objeto de investigación después de catorce días de la fecha de la fertilización. Este periodo de catorce días no incluye ningún momento durante el cual el embrión pueda haber permanecido congelado.
13. Debería obtenerse consentimiento en cuanto al método de utilización o de eliminación de los embriones sobrantes.
14. Como medida de buena práctica, no debería efectuarse investigaciones sobre un embrión sobrante sin el consentimiento informado de la pareja que hubiera generado el embrión, siempre y cuando ello resulte factible.
15. Cuando se recurra a un sistema de fecundación entre especies como parte de un programa reconocido destinado al tratamiento de la esterilidad, o en la evaluación o el diagnóstico de una subfertilidad, este sistema debería estar sometido a autorización, y habría de establecerse como condición para la concesión de esa licencia o autorización que se interrumpiera el desarrollo de cualquier híbrido resultante en la fase bicelular.
16. Se debería pedir al organismo encargado de extender las autorizaciones, que considera la necesidad de establecer estudios de seguimiento de niños nacidos como resultado de las nuevas técnicas, incluyendo la estimación de la necesidad del mantenimiento de un registro central de esos nacimientos.
17. La venta o la compra de gametos o embriones humanos debería permitirse sólo bajo licencia del organismo encargado de emitirla y bajo las condiciones por él establecidas.

B. Principios de la provisión.

18. Como medida de buena práctica, cualquier tercera persona que done gametos para el tratamiento contra la esterilidad deberá ser desconocida a la pareja antes, durante y después del tratamiento, e igualmente, la tercera persona no debería conocer la identidad de la pareja a la que está prestando ayuda.
19. Deberá poderse asesorar a todas las parejas estériles y a las terceras partes en cualquier fase del tratamiento, tanto si se trata de un servicio integral suministrado por la SS como si el tratamiento se efectúa dentro del sector privado.

20. Al llegar a la edad de dieciocho años, el niño debería tener acceso a la información básica acerca del origen étnico y la salud genética del donante y, asimismo, debería promulgarse la legislación correspondiente que garantizará el derecho de acceso a esa información.
21. En el caso de formas más especializadas de tratamiento contra la esterilidad, debería conseguirse el consentimiento por escrito de ambas partes, siempre que fuera posible, antes de comenzar el tratamiento, como medida de buena práctica. Cualquier consentimiento por escrito deberá recabarse y obtenerse en un formulario de autorización apropiado.
22. Como medida de buena práctica, deberá siempre obtenerse el consentimiento formal por escrito de las dos partes antes de que comience la IAD. Deberá utilizarse un formulario de consentimiento, el cual se explicará en todos los pormenores a las dos partes.
23. Por el momento presente, debería imponerse un límite de diez niños que pudieran ser apadrinados por un donante.
24. En los casos en que los médicos consultados rehusen facilitar tratamiento, deberían dar siempre una explicación completa de las razones.
25. Los números de todos los donantes adscritos a la SS deberían cotejarse por las clínicas donde hacen sus donaciones frente a una nueva lista de la SS de los donantes existentes, mantenida centralmente, la cual se conservará aparte del registro de donantes de la SS.
26. Debería registrarse una tendencia gradual hacia la creación de un sistema en el que los donantes de semen sólo fueran reembolsados por sus gastos.
27. En relación con la donación de óvulos deberían aplicarse los principios de buena práctica que ya hemos considerado en relación con otras técnicas, incluyendo el carácter anónimo de la donante, la limitación del número de niños de los óvulos de cualquier donante a diez, la franqueza con el niño acerca de sus orígenes genéticos, la disponibilidad de asesoramiento para todas las partes y el consentimiento informado.
28. Debería consistir una práctica aceptada el ofrecimiento de gametos y embriones donados a quienes se encuentran en peligro de transmitir problemas hereditarios.
29. Todos los tipos de kits "do-it-yourself" de selección de sexo deberán integrarse en el ámbito de control previsto por la Ley sobre Medicamentos (Medicinas Act) con objeto de asegurarse de que esos productos son seguros, eficaces y de un estándar de empleo aceptable.
30. Debería continuar la utilización de semen congelado en la inseminación artificial.
31. Deberían instrumentarse revisiones quincenales automáticas de los depósitos de semen y de óvulos.
32. Debería fijarse un máximo de diez años para el almacenamiento de embriones, pasado el cual el derecho a utilizar o eliminar cualquier embrión deberá pasar a la autoridad encargada de su conservación.
33. Cuando un miembro de la pareja muera, el derecho de utilizar o eliminar cualquier embrión almacenado por esa pareja deberá pasar al miembro superviviente. Si ambos fallecen, ese derecho pasará a la autoridad encargada de la conservación.

34. Cuando no exista acuerdo entre la pareja, el derecho a determinar el empleo o la eliminación de un embrión debería pasar a la autoridad encargada del almacenamiento, como si el periodo de diez años hubiera expirado.

C. Provisión de servicios.

35. Se debería allegar fondos para el establecimiento de estadísticas adecuadas sobre la esterilidad y los servicios existentes para combatirla.
36. Cada autoridad sanitaria debería revisar sus instalaciones para la investigación y el tratamiento de la esterilidad, y considerar el establecimiento, aparte de la ginecología sistemática, de una clínica especializada en la terapia contra la esterilidad, incluyendo servicios de asesoramiento sobre problemas ginecológicos, a nivel regional y suprarregional.
37. Cuando no sea posible crear una clínica separada, las pacientes aquejadas de esterilidad deberán ser observadas con independencia de otras pacientes con otro problema ginecológico, siempre que ello sea posible.
38. Debería establecerse un grupo de trabajo de ámbito nacional compuesto por departamentos de sanidad centrales, autoridades sanitarias y personal especializado en el tratamiento de la esterilidad, así como elaborarse unas directrices detalladas sobre la organización de los servicios.
39. Debería considerarse la inclusión de planes de lucha contra la esterilidad como parte de la fase siguiente de planes estratégicos elaborados por la autoridad sanitaria.
40. La FIV debería continuar encontrándose disponible dentro de la SS.
41. Una de las primeras funciones del grupo de trabajo, cuyo establecimiento recomendamos en 2.17, debería ser considerar la mejor forma de organizar un servicio de FIV dentro de la SS.

D. Límites legales sobre la investigación.

42. El embrión de la especie humana debería recibir cierta protección legal.
43. Cualquier utilización no autorizada de un embrión in vitro constituiría en sí misma un delito criminal.
44. La legislación debería establecer la posibilidad de efectuar investigaciones sobre un embrión resultante de una fecundación in vitro, sea cual sea su procedencia, hasta concluido el decimocuarto día de su fecundación, si bien con las limitaciones que impusiera el organismo encargado de conceder la autorización.
45. Será delito criminal manipular o utilizar como objeto de investigación cualquier embrión humano vivo derivado de una fecundación in vitro superior a ese límite (catorce días después de la fecundación).
46. Ningún embrión que haya sido utilizado para investigación deberá poder trasplantarse a una mujer.
47. Cualquier aplicación no autorizada de una fecundación entre especies con intervención de gametos humanos constituirá un delito criminal.

48. La colocación e un embrión humano en el útero de otra especie para su gestación constituirá delito criminal.
49. El organismo concedente de las licencias propuesto promulgará orientaciones sobre los tipos de investigación a realizar, aparte de los prohibidos por la ley, con probabilidades de ser considerados inaceptables desde un punto de vista ético en cualesquiera circunstancias y para los que, por consiguiente, no se concedería permiso.
50. La venta o adquisición no autorizada de gametos o embriones humanos debería definirse como un delito criminal.

E. Cambios Legales.

51. El niño fruto de la IAD debía ser tratado, según la ley, como el hijo legítimo de su madre y de su marido, cuando ambos hayan dado su consentimiento al tratamiento.
52. Un cambio legislativo de manera que el donante de semen no tenderá derechos o deberes como padre en relación con el niño.
53. Según la comisión legislativa inglesa por la cual debería presumirse que el marido ha consentido en la IAD, a menos que se pruebe lo contrario.
54. Deberá modificarse la ley para permitirse que el marido sea registrado como el padre (sujeto al 4.17).
55. La legislación deberá establecer que, cuando nazca un niño de una mujer, consiguiente a la donación del óvulo de otra mujer, la mujer que de a luz sea considerada madre legal de ese niño y que la donante carezca de derechos respecto a ese niño.
56. La legislación propuesta en 4.25 y 6.8 deberá amparar a los niños nacidos de la donación de un embrión (ver recomendaciones 53 y 54).
57. Deberá introducirse legislación que haga criminal la creación o la explotación en los Estados Unidos de agencias que cuyas actividades se cuente el reclutamiento de mujeres para un embarazo por subrogación o adoptar disposiciones para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre gestante; esa legislación deberá resultar lo suficientemente amplia como para poder incluir organizaciones benéficas, así como las que persigan fines de lucro.
58. La legislación deberá ser lo suficientemente amplia como para convertir en delictivas las actividades de profesionales u otros que colaboran al establecimiento de un embarazo por subrogación.
59. Deberá proveerse estatutoriamente que todos los convenios por subrogación sean considerados contratos ilegales y, por tanto, inejecutables ante los tribunales.
60. La legislación establecerá que, cuando una persona muera durante el periodo de conservación, o no pueda ser localizada en una fecha de revisión, el derecho de utilización o eliminación de sus gametos (del hombre o de la mujer) congelados deberá pasar a las autoridades encargadas de su almacenamiento.
61. Deberá introducirse legislación en el sentido de que cualquier niño fruto de la IAM, que no hubiera estado en útero en la fecha de la muerte de su padre no será tenido en consideración a efectos de la sucesión y de la herencia de este último.
62. Deberá promulgarse legislación que garantice la ausencia de derecho de propiedad sobre un embrión humano.

63. En cuanto a los fines de establecer la primogenitura, la fecha y el momento del nacimiento, y no la fecha de fecundación, constituirá el factor determinante.
64. Deberá introducirse legislación que garantice que cualquier niño fruto de una FIV utilizando un embrión que hubiera sido congelado y almacenado y que no hubiera estado in útero en la fecha de la muerte del padre, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión y la herencia de este último.

EXPRESIÓN DE DISENTIMIENTO: A. SUBROGACIÓN.

- 1) En los siguientes párrafos expresamos disenso de algunos de los criterios de la Comisión sobre la cuestión de la subrogación. Existen, así lo creemos, raras ocasiones en que una subrogación podría resultar beneficiosa, como último recurso, para las parejas. En esas ocasiones, los ginecólogos no deberían verse privados de la posibilidad de aconsejar una subrogación a sus pacientes. En el mayor interés de todas las partes implicadas, sin embargo, y sobre todo en el niño quizás resultante, creemos necesario unos controles y cuidados máximos. Recomendamos que la autoridad encargada de la concesión de licencias, propuesta en el capítulo decimotercero, debería incluir una subrogación dentro de sus términos de referencia y que cualquier organismo de beneficencia que deseara colaborar en la concertación de acuerdos de subrogación debería estar refrendado por las autoridades.
- 2) Deseamos aclarar que compartimos con nuestros colegas muchas de las inquietudes expresadas en el capítulo octavo. La práctica de la subrogación podría conducir a problemas serios que no queremos ocultar. Asimismo, estimamos muy importante que la gente que piense tomar parte, de una manera u otra, en ese procedimiento, esté completamente al tanto de las complicaciones que pudieran derivarse. Estamos de acuerdo con los párrafos 8.1 y 8.16 que ofrecen un resumen ponderado de esos problemas. Nos alejamos, sin embargo, del criterio de nuestros colegas del Comité, expresado en los párrafos 8.17 y 8.19.
- 3) Incluso en esos párrafos hay muchos puntos en común. Estamos totalmente de acuerdo con nuestros colegas en nuestra desaprobación de la subrogación por conveniencia. También convinimos en la necesidad de incorporar medidas legislativas destinadas a evitar la explotación de agencias con fines de lucro en ese terreno, si bien las razones que nos inducen a ello son algo distintas a las de nuestros colegas. Según nuestro criterio, la cuestión de explotar a la madre "suplente" o su tratamiento como un medio para la consecución de fines de terceros, no constituye una cuestión moral de perfiles tan claros como afirman nuestros colegas. Por otro lado, estamos convencidos de que las cuestiones personales, legales y sociales tan espinosas que suscita la subrogación, se asemejan mucho a las derivadas de la adopción y cría de los hijos y que, por lo tanto, no debería permitirse margen para la realización de operaciones comerciales, como tampoco lo hay para las agencias de adopción con fines de lucro.
- 4) Nuestro desacuerdo con nuestros colegas es radical en los párrafos 8.18 y 8.19 con independencia de lo que, como Comité de Investigación podamos recomendar, la demanda de subrogación, de una manera o de otra, va a continuar y posiblemente,

incluso a crecer. Una properción de esas demandas podría resultar frívola o fuera de tono, pues hay, sin lugar a dudas, parejas que, por las razones médicas enunciadas en el párrafo 8.2, considerará la subrogación como un último recurso. Nuestros colegas, mediante su recomendación en el párrafo 8.18 impedirían a los ginecólogos que atendieran, de la manera que fuera, a esas parejas, agenciándoles un embarazo por subrogación. Por consiguiente, las parejas abandonarían cualquier esperanza de tener un niño, podrían incurrir en mayores riesgos como, por ejemplo, más abortos, o aventurarse en alguna iniciativa por su propia cuenta. Esta última posibilidad o sea, que las parejas sean empujadas a tomar alguna iniciativa por su cuenta, resulta particularmente reprochable. Esos arreglos no recibirían el apoyo de los servicios médicos ni de asesoramiento, y carecerían del anonimato que el Comité ha recomendado en el párrafo 3.2., destinado a proteger a todas las partes en tratamiento contra la esterilidad frente a complicaciones legales y sentimentales.

- 5) Habiendo considerado los riesgos para ambas partes de una controversia tan equilibrada, hemos llegado a la conclusión de que sería un error cerrar la puerta completamente a la subrogación como tratamiento contra la esterilidad. Nos preocupa, sin embargo, la forma en que puede ofrecerse ese servicio. Estimamos que la autoridad encargada de conceder la licencia propuesta en el capítulo decimotercero debería incluir la subrogación dentro de su programa. Las autoridades tendrían la facultad de conceder permiso a una agencia o agencias para disponer arreglos sobre subrogación. Estos arreglos incluirían la contratación de padres comisionantes con madres subrogadas, y la provisión de un asesoramiento adecuado que garantice una total comprensión de las complicaciones legales y personales de la subrogación. Las únicas agencias que recibirían licencia serían aquellas que dispusieran de servicios de atención y técnicas de cuidados para los niños y que no persiguieran fines comerciales. Así pues, las agencias para la adopción y cría o alguna nueva agencia, equipada de manera parecida y dirigida bajo esos criterios, podrían constituir candidatas adecuadas para la concesión de esas licencias. No estamos sugiriendo que la autoridad encargada de conceder la licencia establezca una agencia; solo si se propone una, tendrá facultades para considerar la solicitud. Solo se tendrá acceso a una agencia con la licencia debida a través de la referencia de un ginecólogo de consulta.
- 6) La presencia de una agencia con licencia no debería hacer ilegal, en nuestra opinión, cualquier contrato de subrogación que no se sirviera de la agencia, ya que no sería, evidentemente, de desear que la concepción y el nacimiento resultaran marcados por la ilegalidad. Por otra parte, cualquiera (incluyendo un médico) que dispusiera un convenio de subrogación en beneficio de una pareja y que no tuviera autorización para ello estaría cometiendo un delito, con independencia de que no persiguiera finalidades de lucro.
- 7) Nos damos cuenta de las dificultades con las que se tiene que enfrentar una pareja comisionante para adquirir el rango de padres (párrafos 8.8 y 8.9). Creemos que, si se toman medidas para regularizar la subrogación a través de la concesión de licencias, debe existir alguna forma de adopción de la que puedan servirse las parejas. De acuerdo con la legislación presente, el dinero no puede cambiar de manos en el proceso de adopción. Sin embargo, la mayoría de las madres subrogadas espera que se paguen sus

servicios. En nuestra opinión, el pago de una madre subrogada no debería constituir una barrera para que el niño pueda ser adoptado por la pareja comisionante.

- 8) Si se aceptan nuestras propuestas, creemos que no sería apropiado que se tomaran medidas tendientes a que todos los convenios por subrogación constituyeran contratos ilegales (párrafo 8.19). Por el momento, los tribunales deberán tener independencia para considerar cada caso separado según sus circunstancias particulares, si así lo prefieren.
- 9) No creemos que la opinión pública esté todavía formada del todo en la cuestión de la subrogación, que ha pasado a ocupar un primer plano de actualidad solo en el último año o así. Por consiguiente, creemos que es demasiado temprano para adoptar una decisión final, sea cual sea. Deseamos disponer de la oportunidad en los próximos años de ver cual es la demanda, si una agencia está dispuesta a satisfacerla y si las consecuencias resultan generalmente aceptables o no. Lo único que pedimos es que se deje la puerta abierta ligeramente entreabierta de manera que se pueda evaluar la subrogación con mayor eficacia.

EXPRESIÓN DE DISENTIMIENTO: EMPLEO DE EMBRIONES HUMANOS EN LA INVESTIGACIÓN.

Hemos firmado el informe principal sujeto a nuestras reservas cuyas razones se explenan más abajo en las recomendaciones del párrafo 18 (capítulo decimoprimer) de las que disintimos. Convinimos con nuestros colegas en que el embrión de la especie humana tiene un rango especial (11.7) pero estamos en desacuerdo con ello sobre lo que eso implica.

¿Cuándo empieza la vida humana?

- 2) La inquietud pública sobre el embrión que condujo al establecimiento de este comité de Investigación se expresa, a menudo, a través de la siguiente interrogante: "¿Cuándo empieza la vida?". No se puede responder de una manera simple. Un óvulo es una célula viva, igual que lo es un espermatozoide. A ambos les corresponde de derecho el calificativo de "vivo". La amalgama de células que forma el embrión está igualmente viva. Pero no es eso exactamente lo que la gente pregunta. Su verdadera pregunta es: ¿Cuándo toma existencia la persona humana?. A esta pregunta tampoco corresponde una respuesta sencilla. El comienzo de una persona no es una cuestión de hecho sino una decisión que se toma a la luz de principios morales. Por consiguiente, convendría matizar todavía más la pregunta. Así pues, habría que formular la pregunta de la forma siguiente: ¿en que fase del desarrollo debería concederse el rango de persona a un embrión de la especie humana?. Son distintas las respuestas que se dan, como distinta es la gente que se pronuncia sobre la cuestión. Algunos dicen que en el momento de la fecundación, otros al hacerse el trasplante, hay terceros que se inclinan por una fase más avanzada del desarrollo. La observación científica, así como las reflexiones filosóficas y teológicas pueden iluminar el problema pero no dar una respuesta.

El rango especial del embrión.

- 3) El rango especial del embrión humano y la protección legal a la que debe someterse no depende, en nuestro criterio, de la decisión de cuando se transforma en persona. Es evidente que una vez que se le ha concedido esa categoría, habrá de aplicar todos los principios morales y decretos legales relacionados con todos la persona. Pero antes de llegar a ese asunto, el embrión goza de un rango especial debido a sus posibilidades de evolucionar y alcanzar un estadio al que todos le atribuirán la calificación de persona humana. En nuestra opinión, es injusto crear algo que potencialmente pueda transformarse en persona humana y luego, destruirlo deliberadamente.

Por consiguiente, recomendamos no tomar medida alguna susceptible de reducir las posibilidades de una implantación feliz del embrión.

4. Puede aducirse que el óvulo y el espermia tienen también el potencial para convertirse en un ser humano y, sin embargo, se acepta su pérdida en la menstruación, la eyaculación o por vía de experimentación. Es cierto que el óvulo y el espermia son genéticamente únicos, pero ninguno de ellos, por sí solos, podría transformarse en un ser humano, ni siquiera en el medio ambiente más favorable. Sencillamente carecen de esa capacidad. Por otra parte, el embrión, si se le coloca en un entorno apropiado, se desarrollará hasta llegar a una fase en la que se convendría por todo el mundo en que habría que otorgarle el rango de persona. Debe, pues, facilitársele protección especial para que pueda ejecutar normalmente esa función.

Experimentación.

5. Defendemos, pues, la creación de embriones con el objetivo final de su implantación en el útero. El número creado debería ser el óptimo que se juzgara clínicamente necesario para asegurar la implantación. No deberían implantarse más embriones de lo que se estime clínicamente más adecuado, solo por el hecho de que han sido creados, ya que ello reduciría las probabilidades de supervivencia y expondría a la madre a los peligros de un embarazo múltiple. En el caso de que hubiera más embriones de los que se estima adecuado implantar en un momento dado, habría bien que congelar el resto para una implantación posterior, bien dejar que mueran. No deberían utilizarse para su experimentación. Todavía menos deberían crearse embriones deliberadamente para fines experimentales.

Recomendamos, pues, que se prohíban las experimentaciones en el embrión humano.

Progresos en el tratamiento de la esterilidad.

6. Una prohibición de la experimentación no detendría los progresos en el tratamiento de la esterilidad. De hecho, podrían continuar a través de la experimentación animal y otros caminos, y mediante esfuerzos constantes en los procedimientos de tratamiento. Comparemos esta propuesta con los trasplantes de corazón. Los primeros intentos se caracterizaron por una línea uniforme de fracasos. Sin embargo, en cada nuevo ensayo

se ponía una nueva nota de esperanza; en ningún momento se realizó un trasplante con la intención de que el paciente no sobreviviera y, de esta manera, acumular conocimientos susceptibles de mejorar el procedimiento. Los continuos esfuerzos terapéuticos apoyados en la investigación en animales y otros tipos de experimentación han derivado en resultados cada vez mejores. De la misma forma no deberían crearse embriones con el objetivo intermedio de destruirlos y la finalidad última de poder así mejorar los resultados de la fecundación in vitro.

7. La esterilidad puede representar una carga pesada para una pareja concreta; es, pues, injusto que se hagan esfuerzos para su desaparición. Esto no significa, sin embargo, el recurso a cualquier medio. Los adelantos de los conocimientos científicos son, igualmente, de gran valor, pero eso no debe refrendar la utilización de cualquier recurso. Como los embriones poseen la capacidad potencial de convertirse en seres humanos, ni la lucha contra la esterilidad ni los adelantos de los conocimientos justifican su destrucción deliberada.

Consecuencias de permitir cualquier experimentación.

8. La calificación ética de un procedimiento resulta determinada por un análisis del procedimiento propiamente dicho. Pero cuando surgen cuestiones de orden público, resulta necesario también mirar más allá del procedimiento y prever las posibles consecuencias. La propuesta de que deberían prohibirse generar embriones para la investigación, pero sin permitir la experimentación con embriones creados para el tratamiento de la esterilidad e innecesarios ya para ese propósito. (los denominados embriones "sobrantes") entran en esa categoría. Según nuestro criterio, los experimentos con embriones "sobrantes" son condenables. Pero incluso si se los considera justos, las consecuencias de su autorización resultarían inadmisibles. En efecto, los médicos quedarían sujetos a la tentación de "recolectar" más embriones de los estrictamente necesarios para el objetivo terapéutico inmediato a seguir con vistas a proveer "embriones sobrantes". El término "sobrantes" se volvería así un eufemismo.
9. Por otro lado, como el número que se conseguiría a través de ese sistema no satisfaría la amplia demanda prevista por nuestros colegas, las presiones para conseguir autorización para la creación de embriones artificiales destinados a la investigación se intensificarían. De igual manera, se relajarian las limitaciones impuestas sobre el tiempo válido de investigación y el tipo de ésta. De hecho, ya se están haciendo oír voces que abogan por una ampliación del plazo de investigación más allá de los catorce días siguientes a la fecundación, recomendados por este comité. De igual manera, si se permitiera la utilización de embriones para experimentación con fármacos, aunque fuera bajo circunstancias excepcionales (12.8), sería difícil mantener esas restricciones. Todos los años se desarrolla un amplio número de fármacos nuevos, muchos de los cuales podrían resultar útiles para el tratamiento de mujeres embarazadas. Si se ensayaran algunos en los embriones, la demanda de fármacos seleccionados de esa forma aumentaría inevitablemente. Llegamos a la conclusión de que la investigación sobre embriones no

sólo va contra toda ética en principio sino que las consecuencias de la concesión de permisos, incluso limitados, para la experimentación, serían tales que conducirían irremisiblemente, a la utilización extensiva de embriones en ese campo.

10. Recomendamos, por consiguiente, conceder una legislación protectora especial de los embriones humanos.

Para conseguirlo, debería introducirse legislación al efecto de que la manipulación no autorizada de un embrión humano constituye un delito criminal. La manipulación autorizada deberá estar sujeta al control de un organismo estatutario con facultades para conceder permiso para la manipulación de embriones creados con finalidades de implantación.

EXPRESIÓN DE DISENTIMIENTO: C. SOBRE EL USO DE EMBRIONES HUMANOS EN ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN.

Por las razones expuestas en los apartados 11.25 a 11.27 inclusive, disentimos de la opinión de que "las actividades de investigación deberían permitirse con embriones originados específicamente para este propósito o existentes como consecuencia de otras investigaciones (apartado 11.30).

INFORME
DE LA
COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DE LA FECUNDACIÓN
“IN VITRO” Y LA INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL HUMANAS

MARCELO PALACIOS.
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN.

NOTA INTRODUCTORIA

La Secretaría General del Congreso de los Diputados de España, acordó la creación de una Comisión Especial de estudio sobre fertilización extracorpórea el día 2 de noviembre de 1984.

Para integrar la Comisión, que se constituyó formalmente el 29 de mayo de 1985, se nombraron representantes de distintos grupos parlamentarios, quedando integrados de la manera siguiente:

PARLAMENTARIOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN.

PRESIDENTE:	D. Marcelo Palacios Alonso Grupo Parlamentario Socialista.
VICEPRESIDENTE:	D. Isaías Zarazaga Burillo. Grupo Parlamentario Popular.
SECRETARIO:	D. Joaquín Xicoy y Bassegoda. Grupo Parlamentario Minoría Catalana
VOCALES:	D. Ana Gorroño Arrizabalaga Grupo Parlamentario Partido Nacionalista Vasco.
	D. Manuel Núñez Pérez. Grupo Parlamentario Centralista.
	D. Agustín Rodríguez Sahagún. Grupo Parlamentario Mixto (CDS).

El informe, al justificar el trabajo de esta Comisión, sostiene que las técnicas de Fecundación "in vitro" y de la inseminación artificial humanas "ya se realizan en el mundo y en España, y por que la ciencia y la tecnología van a seguir inexorablemente su curso evolutivo, se hace preciso el estudio puntual, concienzudo y compartido de sus implicaciones científicas, biológicas, sociales, legales o éticas, a fin de darles la adecuada respuesta cuando sea factible".

Las recomendaciones finales del Informe que aquí presentamos, dada la extensión del mismo, responden "al esfuerzo por hacer una previsión fundada, y obviamente limitada, de la actitud en el futuro próximo respecto de la fecundación "in vitro" y la Inseminación Artificial Humanas y técnicas afines".

Como resultado de los trabajos realizados en la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación y la Inseminación Artificial Humanas, se elevan al Congreso de los Diputados, las siguientes:

RECOMENDACIONES

A) carácter general.

1. Se deberá autorizar la realización de las técnicas de reproducción humana asistida (De Inseminación Artificial, Fecundación In Vitro Con Transferencia de Embriones, u otras similares), siempre que estén justificadas y autorizadas y se realicen en Centros o Servicios Sanitarios y por equipos cualificados y legitimados para ello.
2. Debería procederse a la aprobación de una legislación que posibilite y regule las técnicas de fecundación asistida, así como la investigación y experimentación positivas que de aquellas puedan derivarse. En su defecto y hasta entonces deberían promulgarse las normas reglamentarias precisas.
3. La legislación o normativa debería tener en cuenta los intereses en conflicto de las mujeres receptoras, de los padres legales, de los donantes, de los futuros hijos, de los Centros Sanitarios y de los colectivos profesionales que realicen o intervengan en la realización de estas técnicas.
4. Debería producirse la legislación o normativa sobre la cualificación y protección jurídicas de los gametos y de los embriones humanos, considerando a estos últimos desde su origen y hasta su extinción natural, no provocada caprichosa ni arbitrariamente.
5. Debería garantizarse tanto al hombre como a la mujer, solteros o casados, el secreto sobre su esterilidad y sobre el origen de los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción.
6. Se debería considerar como pareja heterosexual estable a la pareja que mantenga una relación similar al matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquél.
7. Deberán prohibirse las denominadas “desviaciones no deseables” de estas técnicas de procreación humana descritas en este Informe y las que normativamente se establezcan.
8. La realización de cualquiera de las denominadas “desviaciones no deseables” será considerada delito criminal.
9. Debería prohibirse la importación de gametos o embriones humanos.
10. No debería autorizarse la realización de estas técnicas en parejas homosexuales.
11. Se debería permitir que un miembro del matrimonio o de la pareja estable pueda utilizar los gametos congelados de otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia. Véanse recomendaciones 13 y 61.
12. Se debería permitir la utilización de embriones en favor de un miembro del matrimonio o la pareja estable, después que el otro miembro haya fallecido.
13. Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia de fallecido.
14. Se deberá reglamentar sobre las condiciones en que se puedan congelar los gametos o embriones con garantías para su integridad y viabilidad, y sobre las manipulaciones de que puedan ser objeto.

15. Debería definirse legislativamente el ámbito constitucional de la investigación de la paternidad y maternidad.
16. Debería actualizarse la legislación en materia de adopción.

B) Sobre las técnicas de fecundación asistida.

17. La inseminación artificial y la fecundación "in vitro" con transferencia de embriones o técnicas afines tendrán como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuada, ineficaces o imposibles de realizar.
18. Estas técnicas podrán utilizarse también para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de transmisión al hijo, y sea factible hacerlo con suficientes garantías.
19. Una vez realizadas las técnicas, podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos y con embriones humanos no viables ni implantables, con fines exclusivamente positivos y en base a una estricta regulación.
20. Estas técnicas se deberán aplicar solamente cuando haya posibilidades de éxito y no supongan riesgo para la salud de la madre o la descendencia.
21. Estas técnicas no deberán utilizarse con la intención de seleccionar el sexo del futuro hijo, excepto cuando se trate de evitar una grave enfermedad ligada al sexo del hijo que va a nacer.
22. Estas técnicas solo podrán realizarse en personas mayores de edad y en buen estado de salud psico-física y genética, cuando aquellas así lo soliciten y estén indicadas.
23. Se considera obligatoria una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas de reproducción humana o sean donantes o receptores de gametos y embriones humanos, sobre los aspectos o implicaciones posibles de las técnicas como pueden ser los resultados previsibles o sus riesgos.
24. La información y asesoramiento se extenderá a cuantas consideraciones de carácter jurídica, biológico, ético o económico (si hubiere costes), lo requieran.
25. La aceptación de cualquiera de estas técnicas o sus derivaciones deberá recogerse en un formulario al efecto, cubierto y firmado por los propios receptores y/o donantes.
26. La mujer debe firmar libre y responsablemente su consentimiento para la Inseminación Artificial o la FIV y la TE o técnicas afines y podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización.
27. La Inseminación Artificial o la FIV u otras técnicas afines realizadas con semen de donante, en el caso de parejas estables o matrimonio deberán hacerse también con consentimiento expreso y escrito del varón de la pareja correspondiente.
28. La Fecundación In Vitro con óvulos de donante deberá hacerse con el conocimiento y consentimiento escrito previos tanto de la mujer como del varón con el que forma pareja o matrimonio.
29. Nunca deberá mezclarse semen de diferentes donantes para inseminar a una mujer.
30. Nunca deberá utilizarse óvulos de distintas donantes para realizar una FIV o técnicas similares.

31. Se deberá autorizar la capacitación in vitro del semen del varón correspondiente, para realizar una IAC.
32. En el supuesto de que por regulación legal o en su defecto por acuerdo de la Comisión Nacional de Fecundación Asistida se autorizase una gestación con estas técnicas sin finalidad terapéutica, los gastos no deberían ser costeados con fondos públicos.
33. Deberán transferirse al útero de la mujer solamente gametos o embriones con las debidas garantías genéticas y de viabilidad.
34. Solamente deberán transferirse al útero de la mujer el número de embriones considerado científicamente necesario para asegurar razonablemente el embarazo.
35. Cuando se realicen estas técnicas, con gametos o embriones de donantes especialmente, estos datos sólo constarán en la historia clínica de la mujer, que deberá tratarse con las reservas exigibles.

C) La donación de gametos y embriones.

36. Se debería autorizar la donación de gametos y embriones humanos.
37. La donación de gametos para la fecundación asistida no debería poder ser revocada.
38. La donación de gametos y embriones humanos nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, si bien deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran originarse por aquellas, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento.
39. Se deberán prohibir las instituciones, ajenas a los Centros sanitarios autorizados para realizar las técnicas de fecundación asistida, que trafiquen con gametos o embriones humanos.
40. Las personas que trafiquen mercantilmente con embriones o gametos humanos serán objeto de sanción.
41. La donación de gametos o embriones será realizada únicamente por personas mayores de edad, en buen estado de salud psicofísica y genética y con libertad y capacidad para decidir.
42. La donación de gametos a los Bancos de gametos sólo se podrá realizar cuando el estudio psicofísico estandarizado de los donantes resulte favorable, e incluirá el fenotipo y el cariotipo, para descartar la transmisión de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas.
43. Tales estudios de selección de los donantes, y en el caso de utilización de material genético fresco para uso inmediato, se realizarán en la medida de lo posible con la misma amplitud que cuando el material se va a congelar.
44. La donación de gametos o embriones será siempre voluntaria, y se realizará sin ningún tipo de coacción o inducción sobre los donantes, que la realizarán dando consentimiento escrito una vez que son aceptados como tales y han sido informados sobre sus fines y consecuencias.
45. La edad de los donantes debería establecerse entre los 18 y los 35 años de edad.
46. Cada hombre o mujer que donen semen u óvulos respectivamente, y también si conjuntamente donaran embriones, deberán comunicar si están casados o forman pareja

estable o no. Cuando ocurra lo primero, deberán hacer la donación con consentimiento del otro miembro al que están vinculados.

47. Los donantes de gametos y embriones deberán ser mantenidos en el anonimato, custodiándose su ficha o historia clínica referencial en los Centros y Servicios Sanitarios con la exigencia del más estricto secreto.
48. Los donantes no deberán conocer la identidad de la receptora, y viceversa.
49. Los donantes de gametos y embriones deberán ser advertidos de la posibilidad de que el o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad.
50. Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad.
51. Los donantes tiene derecho a que los gametos o embriones sean tratados con las debidas garantías científicas y técnicas.
52. De un/a mismo/a donante de semen u óvulos respectivamente, sólo deberían nacer como máximo seis descendientes, y en una misma circunscripción territorial, hasta que este número se determine por Ley.
53. Se prohibirá desvelar la identidad de los donantes de gametos o embriones, y de los receptores.

Solo cuando se den circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, debería ceder el secreto de la donación en aras de aquél interés preeminente, sin que ello implicara reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante.

54. No será divulgada ninguna información respecto de los donantes o de los receptores, o de las exploraciones o técnicas de que hayan sido objeto, para ningún fin, salvo que los receptores o los hijos nacidos soliciten información general sobre los donantes que no incluya su identificación.
55. Debería organizarse un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y embriones, así como de las muestras de material reproductor humano, con las garantías, cautelas y requisitos precisos, y en forma clave.
56. El Registro Nacional de donantes de gametos y embriones debería consignar asimismo cada uno de los hijos nacidos de los distintos donantes, la identidad de las parejas o personas receptoras y su localización territorial, siempre que sea posible.
57. Se garantizará a los donantes de gametos o embriones que el material reproductor donado nunca será objeto de comercio y que su utilización será acordada expresamente al hacer la donación.
58. La donación por parte del Banco de gametos o embriones a posibles, receptores, exigirán en estos los mismo estudios y pruebas que a los donantes.
59. Los donantes de gametos y embriones nunca intervendrán en el traslado del material donado en un Centro o servicio a otro.
60. Cuando en el Registro Nacional citado o en los Centros o servicios sanitarios dedicados a la fecundación asistida tenga conocimiento de que han fallecido los correspondientes

donantes, la muestra donada deberá pasar a disposición de los Bancos en que el depósito deberá para ser utilizada según el acuerdo establecido al hacer la donación.

61. Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido.
62. Las personas que vayan a ser tratadas con radioterapia, quimioterapia o procedimientos similares para los mismos fines, podrán depositar sus muestras de material reproductor en los Bancos correspondientes, y sólo para su propia utilización posterior. Estas muestras serán destruidas si los depositantes fallecieran.
63. No deberán permitirse la donación de embriones obtenidos por lavado uterino, para transferencia a otra mujer.

D) Sobre manipulación con gametos y embriones.

1) Congelación.

64. El semen podrá congelarse, conservarse y depositarse en Bancos de gametos autorizados, durante el tiempo que la Ley determine y con las garantías que se señalen. Hasta que no exista normativa, el tiempo máximo de congelación se deberá establecer en cinco años.
65. La congelación de óvulos no deberá autorizarse con fines terapéuticos hasta que se demuestre científicamente como realizable, con las garantías precisas.
66. Tales criterios de permanencia de las muestras en el Banco de gametos podrán ser modificadas por indicación de la Comisión nacional de Fecundación Asistida, en base a los nuevos conocimientos o avances técnicos y de forma.
67. Los gametos o embriones congelados deberán ser revisados periódicamente, en los tiempos que reglamentariamente estimen.

2) Investigación y experimentación.

76. Solo se autorizará la investigación y la experimentación en embriones no implantables.
77. Los embriones sólo pueden ser objeto de investigación y experimentación científica positivas hasta el catorce día siguiente al de su formación in vitro, y cuando se manifiestan en ellos señales de imposibilidad de implantación en el útero de la mujer, por trastornos biológicos o anomalías.
78. La investigación o experimentación sobre embriones sólo serán posibles si están autorizados legalmente, o en su defecto, por la Comisión Nacional De Fecundación Asistida. En cualquier caso esta Comisión Nacional deberá conocer previamente los proyectos claramente desarrollados, y autorizarlos.
79. Cualquier investigación sobre embriones no implantables tendrá exclusivamente como finalidad una actuación positiva en beneficio del individuo y de la humanidad.

80. La investigación y experimentación en embriones deberá contar con el consentimiento de la pareja de la que son sobrantes, una vez que haya sido informada de los fines que se persiguen.
81. Los embriones no podrán ser mantenidos in vitro más allá de catorce días desde que fueron originados, descontando de ese tiempo el que estuvieren congelados. Pasados esos catorce días los embriones deberán ser destruidos, o en otro caso se incurrirá en delito.
82. Los embriones que hayan sido objeto de investigación no deberán desarrollarse más de catorce días, descontando de ellos el tiempo en que pudieran haber estado congelados.
83. Se prohibirá la transferencia de embriones al útero de una mujer, cuando hayan sido objeto de investigación, experimentación, y su transferencia a una mujer.
84. Se prohibirá utilizar gametos humanos para producir embriones, si hubieren sido objeto de investigación, experimentación, y su transferencia a una mujer.
85. Durante la vida intrauterina, el embrión o el feto engendrados por estas técnicas de fecundación asistida o por vía natural, no podrán ser objeto de investigación si no es con una finalidad terapéutica o legal (este sería el caso de diagnóstico de anomalías fetales graves para la interrupción voluntaria del embarazo según está establecido por ley).
86. Debería autorizarse la investigación dirigida a conocer el origen y desarrollo de la vida humana, la infertilidad, y sus causas, los medios de anticoncepción y el cáncer, especialmente el coriocarcinoma.
87. Deberá prohibirse la experimentación con embriones y gametos humanos.
88. Podría autorizarse el test de hamster con fines positivos de investigación y experimentación, si bien debería regularse normativamente o en su defecto, ser autorizadas previamente por la Comisión Nacional de Fecundación Asistida, una vez estudiado el expediente oportuno.
89. Se prohibirá la unión de gametos humanos con los de otras especies, y las denominadas desviaciones no deseables de estas técnicas de reproducción humana asistida, que serán consideradas delito.

3) La terapéutica génica.

90. La terapéutica génica sólo se autorizará en aquellas enfermedades en que haya un diagnóstico muy preciso, que sean de pronóstico muy grave o fatal, que no cuenten con otra alternativa de tratamiento y cuando ofrezca garantías de solución, al menos razonable, del problema.
91. La pareja deberá ser rigurosamente informada sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades de éxito y riesgos de la terapéutica génica, en el supuesto que esta les fuera propuesta.
92. Se debería disponer de una lista de enfermedades en las que la terapia génica cuenta con medios diagnósticos fiables y con posibilidades razonables de éxito.
93. La terapéutica génica nunca deberá influir sobre los caracteres hereditarios no patológicos ni irá dirigida a la selección de la raza.

94. La investigación de las enfermedades que se indiquen y la terapéutica génica, se realizarán únicamente en centros o servicios autorizados, y por equipos especializados y autorizados.

E. Las receptoras de gametos y embriones.

95. Se debería recomendar como edades más idóneas de la mujer para la procreación utilizando estas técnicas, las comprendidas entre los 18 y los 35 años.
96. Quienes vayan a ser asistidas por estas técnicas de procreación no podrán escoger los donantes, debiendo confiar su elección al mejor criterio del equipo médico que realiza las técnicas.
97. Se deberá garantizar que los donantes tengan la mayor similitud fenotípica e inmunológica, y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y con el varón de pareja o matrimonio que constituyen.
98. La mujer y su pareja tienen derecho a ser informados sobre las pruebas que se hayan realizado al o a los donantes elegidos para contribuir a la realización en ella de estas técnicas.

F) Con respecto a los padres.

100. Deberá regularse que el matrimonio pareja estable a cuya mujer se realice una IAD, o una FIV con semen, óvulos o embriones de donantes, - previa y fehacientemente consentidas por ambos miembros de aquel vínculo -, serán los padres legales del o de los hijos que nazcan.
101. El marido o varón de una pareja estable, a cuya mujer se ha realizado una IAD o una FIV con material germinal donado, sin que él haya dado su consentimiento, - o cuando si hubo consentimiento este fue desatendido en sus términos sustanciales probadamente -, podrá renunciar al hijo así nacido, que será registrado como sin padre.
102. Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos (y no de los donantes), siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y escrito.
103. La condición de padres legales previamente consentida en estos casos citados, no podrá anularse aunque los hijos nacieren con taras o enfermedades hereditarias.

G) Con respecto a los hijos.

104. Los niños con estas técnicas de procreación cuando en su origen hayan participado donante anónimos, tendrán los mismos derechos que los niños concebidos, de forma natural o no, con gametos de los miembros de la misma pareja o matrimonio.
105. Los niños nacidos por estas técnicas tienen derecho a exigir la protección de sus padres legales.
106. Los hijos nacidos por estas técnicas cuando intervienen donantes, se inscribirán en el Registro Local sin que conste ningún dato sobre su origen biológico.

107. El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo ha gestado y del varón de la pareja que constituye, siempre que ambos lo hubieran acordado y aceptado previamente en un documento fehaciente.
108. Debería prohibirse cualquier acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer, previa y expresamente por escrito.
109. Se deberá garantizar el secreto del origen de los niños nacidos por estas técnicas de procreación, no sólo por los profesionales o Centros Sanitarios, sino también al amparo de una legislación.
110. Sobre los hijos nacidos postmortem, ver Recomendaciones 13 y 61.
111. Los hijos nacidos de donantes, tendrán derecho, llegada la mayoría de edad, a conocer las características generales biofísicas de los donantes, pero no su identidad.
112. Debería establecerse legalmente si los hijos nacidos de donantes pueden recurrir al amparo constitucional y a las leyes para recabar la investigación de la paternidad.
113. En cualquier caso, la investigación de la paternidad no deberá tener consecuencias legales para los donantes de gametos o embriones.
114. Para establecer la progeneritura en los niños nacidos por donación de embriones se tendrá en cuenta la fecha en que nacieron, y no el momento de la producción in vitro de los embriones correspondientes.

H) Sobre la Gestación de sustitución.

115. Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia.
116. Deberá ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea necesario, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen.
117. Deberán ser objeto de sanción los Centros Sanitarios o servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución.

I) Sobre la Gestación en la Mujer sola.

118. Podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique, y con cargo al erario público.
119. Si la mujer sola estéril tiene un ciclo ovárico normal, no se autorizará la gestación por donación de embriones.
120. La mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donante, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos.
121. Para autorizar una gestación en la mujer sola por estas técnicas, se valorará previa y razonablemente si la mujer reúne las condiciones precisas para gestar, mantener y educar dignamente al futuro hijo, y para facilitarle el adecuado ambiente de bienestar, evitando que pueda ser vejado o discriminado socialmente por causas ostensibles y notorias inherentes a la madre.

J) Sobre los requisitos de los Centros Sanitarios.

122. Todos los Centros o servicios en los que se realicen estas técnicas de procreación humana deberán tener la consideración de Centros o servicios sanitarios, públicos o privados, y se regirán por los informado en la ley General de Sanidad y en la normativa correspondiente de las distintas Administraciones públicas.
123. Las técnicas de Fecundación Asistida, y las actuaciones permitidas que de ellas puedan derivarse, sólo podrán ser realizadas en Centros o servicios sanitarios legalmente autorizados, acreditados y homologados para tales fines. Estarán dirigidos por un médico titulado superior cualificado en las materias específicas que realicen, y su ámbito actuacional serán los equipos de trabajo.
124. El incumplimiento de los requisitos reglamentarios para el funcionamiento de estos Centros y Servicios, con las responsabilidades que de ello puedan derivarse, será sancionado administrativamente, sin perjuicio de otras actuaciones legales de que pueda ser objeto.
125. Para garantizar la buena práctica de estas técnicas, los Centros y Servicios deberán contar con el equipamiento y medios precisos, humanos y materiales, y entre ellos, en su caso, gabinetes psicológicos.
126. Los Centro y servicios tendrán carácter regional y nacional.
127. Los Centros y servicios deberán someterse al control de calidad y la evaluación de sus actividades.
128. Se debería tender a que los Bancos de Gametos y Embriones formen una unidad específica e interdisciplinar en los Centros o servicios en los que se realizan las Técnicas de Fecundación Asistida.
129. En los Departamentos o servicios de Ginecología debería procurarse que las personas subsidiarias de estas técnicas y tratamientos sean atendidas independientemente de otras usuarias.
130. Se debería reglamentar el transporte de gametos o embriones entre los Centros o servicios que realicen estas técnicas.
131. Se debería contar con un Registro Nacional de Centros o Servicios que realizan estas técnicas de procreación, a disposición de los usuarios.
132. La Comisión Nacional de Fecundación Asistida y la Administraciones sanitarias deberían iniciar, y ser exigidas por las últimas, los requisitos de organización y funcionamiento de estos Centros y servicios y los mecanismos de información y asesoramiento.

K) Sobre las actuaciones y responsabilidades de los Equipos Médicos.

133. Los equipos médicos que trabajen en estos Centros o Servicios Sanitarios deberán estar contranstadamente cualificados y legitimados y contarán con las estructuras y equipamiento necesarios. Actuarán interdisciplinariamente y bajo la dirección de un Director de Centro, Departamento o Servicio.

134. Los equipos médicos que responsabilicen la realización de estas técnicas habrán de exigir los oportunos consentimientos de los donantes, de las receptoras y en su caso de los varones del matrimonio o pareja que constituyan anticipadamente y por escrito.
135. Los equipos médicos serán responsables penalmente si violan el anonimato de los donantes, si realizan mala práctica con los gametos o embriones o con las técnicas de fecundación asistida, o si por omitir el chequeo genético de las partes implicadas se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias que hubieran podido evitarse con aquel examen previo.
136. El equipo médico no será responsable de los problemas que de estas técnicas puedan derivarse, siempre que las técnicas hayan sido programadas y realizadas correctamente y que las personas estén debidamente informadas de las posibles eventualidades y riesgos.
137. El equipo médico que haya actuado con buena práctica, no será responsable de que los hijos nazcan con taras o malformaciones, o bien, ocurriendo esta posibilidad con igual incidencia que en el embarazo normal, deberá comunicarse previamente a las personas sometidas a estas técnicas.
138. El equipo médico que actúe con buena práctica, no será responsable de los daños que puedan producirse en los gametos o embriones, tanto frescos como congelados.
139. Los equipos médicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén protocolizados, y en especial los que puedan evitar la transmisión de enfermedades infecciosas, hereditarias o genéticas, o de cualquier otro factor que pueda originar daños a la mujer o al futuro hijo.
140. El equipo médico y el personal que trabaje en estos Centros y servicios estará obligado a guardar el secreto de los donantes y de las personas a las que se realicen estas técnicas.
141. Se sancionará penalmente cualquier información sobre los donantes o receptores, con excepción de la gestación de sustitución, si esta se autoriza.
142. Todas las referencias o datos sobre los donantes o las receptoras y sus compañeros en el matrimonio o la pareja, así como los consentimientos de las partes implicadas, deberán recogerse en una historia clínica en los Centros o servicios correspondientes, con la debida cautela y protección.
143. La no realización de las Historias Clínicas o la omisión de las citadas referencias o datos, determinará responsabilidades de los equipos médicos.
144. Los datos de las Historias Clínicas, exceptuando la identificación de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y del varón al que está vinculada, o del hijo legal de ambos nacido por estas técnicas (llegada la mayoría de edad) si fueran solicitados por aquellos.
145. El equipo médico no aceptará la donación de gametos o embriones cuando pueda sospechar razonablemente que no va a guardarse el secreto de la donación.
146. El equipo médico deberá responsabilizarse del seguimiento de los embarazos que haya conseguido por estas técnicas, aunque estos puedan ser atendidos en el ámbito territorial de la mujer gestante.
147. El equipo médico deberá explicar a los solicitantes de estas técnicas las razones por las que no acepta realizarlas.

148. El equipo de un Banco de Gameto o Embriones deberá explicar las razones por las que un candidato a donante es rechazado.
149. El equipo médico no podrá realizar investigaciones o experimentaciones en gametos o embriones si no están legalizadas, o en su defecto si no han sido autorizadas previamente por la autoridad sanitaria, oída la Comisión Nacional de Fecundación Asistida, y en base a un proyecto.
150. Los equipos médicos no realizarán terapéuticas genéticas cuando haya otra posibilidad, o si no hay las debidas garantías diagnósticas y del tratamiento a seguir.

L) La Comisión Nacional de Fecundación Asistida.

151. Se recomienda la creación de una Comisión Nacional de Fecundación Asistida, de carácter permanente, y en cuya composición participen tanto las administraciones sanitarias como los representantes de las distintas Sociedades relacionadas con la reproducción humana.
152. La Comisión Nacional debería estar constituida por un Comité de Inseminación Artificial, un Comité de Fecundación in vitro y técnicas afines, y un Consejo Social de amplio espectro social.
153. Las funciones de la Comisión Nacional de Fecundación Asistida deberán dirigirse a orientar e indicar sobre el mejor modo de realizar actuaciones y organizar los medios y equipos, en aras a la óptima aplicación de estas técnicas de reproducción humana.
154. En tanto no se legisle al efecto, la Comisión Nacional de Fecundación Asistida debería estar legitimada par autorizar proyectos de investigación o experimentación relacionados con estas técnicas, o peticiones especiales para su aplicación.
155. Las Comunidades Autónomas deberían constituir Comisiones similares a la Nacional, de carácter Regional, y que tendrían su representación en aquella como se regule.

BOLETIN OFICIAL
DE LAS CORTES GENERALES
CONGRESO DE LOS DIPUTADOS
III LEGISLATURA

Serie B: **APROBACIÓN DEFINITIVA POR EL CONGRESO**

31 de octubre de 1988.

Núm. 74-14.

122/000062 **Técnicas de reproducción asistida.**

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 20 de octubre de 1988, aprobó, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, la proposición de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, ... con el texto que se inserta a continuación.

Se ordena la publicación en cumplimiento de lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 25 de octubre de 1988.- P.D., El Secretario General del Congreso De los Diputados, Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa.

LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

CAPÍTULO I.

Ambito de aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Artículo 1º.

1. La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: La inseminación artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados acreditados, y por Equipos Especializados.
2. Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

3. Estas técnicas podrán utilizarse también 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 estrictamente indicadas.
4. Podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14º, 15º, 16º y 17º, de esta ley.

CAPITULO II

Principios Generales

Artículo 2º.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:
 - a) cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
 - b) en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ella.
2. Es obligada una información de asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles.
3. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización ,debiendo atenderse su petición.

Artículo 3º.

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Artículo 4º.

Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el mas adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

CAPITULO III

De los donantes

Artículo 5º.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro Autorizado.

2. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.
3. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

6. El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar.
7. Los Centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos.

Las usuarias de las técnicas.

Artículo 6º.

1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar.
2. Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento de marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
3. El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas deberá reunir los mismos requisitos de expresión libre, consciente y formal.
4. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida.

Los padres y los hijos.

Artículo 7º.

1. 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.

Artículo 8º.

1. Ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento, previo y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de la fecundación.
2. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5 de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación.

Artículo 9º.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Artículo 10º.

1. 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.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

CAPITULO IV.**Crioconservación y otras técnicas.****Artículo 11º.**

1. El semen podrá crioconservarse en Banco de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.
2. No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre viabilidad de los óvulos después de su descongelación.
3. Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años.
4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.

Diagnóstico y tratamiento.

Artículo 12º.

1. Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.
2. Toda intervención sobre el embrión en el útero, o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente.

Artículo 13º.

1. Toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines terapéuticos, no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

Investigación y experimentación.

Artículo 14.

1. Los gametos podrán utilizarse independientemente con fines de investigación básica o experimental.
2. Se autoriza la investigación dirigida a perfeccionar las técnicas de obtención y maduración de los ovocitos, así como de crioconservación de óvulos.
3. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones con fines de procreación.
4. Se autoriza el test de 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 el 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 Multidisciplinar si tiene competencias delegadas.

Artículo 15º.

La investigación o experimentación en preembriones vivos sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

1. Para cualquier investigación sobre los preembriones, sea de carácter diagnóstico o general, será preciso:

- a) que se cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden.
- b) que no se desarrollen in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo.
- c) que la investigación se realice en centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados, bajo control de las autoridades públicas competentes.

Artículo 16º

1. En las condiciones previstas en los artículos 14 y 15 de esta Ley, se autoriza:
 - a) El perfeccionamiento de las Técnicas de Reproducción Asistida y las manipulaciones complementarias, de criopreservación y descongelación de embriones, de mejor conocimiento de los criterios de viabilidad de los preembriones obtenidos in vitro y la cronología óptima para su transferencia al útero.
 - b) La investigación básica sobre el origen de la vida humana en sus fases iniciales.
 - c) Las investigaciones sobre los procesos de diferenciación, organización celular y desarrollo del preembrión.
 - d) Las investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina.
 - e) Las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genética o hereditarias.
2. Se prohíbe la experimentación en preembriones en el útero o en las trompas de falopio.

Artículo 17º.

1. Los preembriones abortados, serán considerados muertos o no viables, en ningún caso deberán ser transferidos de nuevo al útero y podrán ser objeto de investigación y experimentación en los términos de esta Ley.
2. Se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente conocidos y autorizados.

CAPITULO V

Centros comunitarios y Equipos biomédicos.

Artículo 18.

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

Artículo 19°.

1. Los Equipos biomédicos que trabajen en los Centros o Servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de Reproducción Asistida, sus aplicaciones complementarias, o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y medios necesarios. Actuarán interdisciplinariamente y el Director del Centro o Servicio del que dependen serán el responsable directo de sus actuaciones.

CAPITULO VI**De las infracciones y sanciones.****Artículo 20.**

1. Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley, son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 a 37 de la Ley General de Sanidad.
2. Además de las contempladas en la Ley General de Sanidad, a los efectos de la presente Ley, se consideran infracciones graves y muy graves las siguientes:
 - A) Son infracciones graves:
 - a) El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los Centros Sanitarios y Equipos Biomédicos.
 - b) La vulneración de lo establecido por la Ley General de Sanidad, la presente Ley y normas de desarrollo, en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los equipos de trabajo.
 - c) La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente Ley, así como la falta de realización de historia clínica.
 - B) Son infracciones muy graves:
 - a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.
 - b) Obtener preembriones humanos por lavado uterino, para cualquier fin.
 - c) Mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado criopreservados.
 - d) Utilizar industrialmente preembriones, con fines cosméticos o semejantes.
 - e) Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o la TIG.
 - f) Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.
 - g) La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos, o terapéuticos no autorizados.

- h) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos.
- 3. Cuando las infracciones sean imputables al personal sanitario adscrito a Centros Públicos, la exigencia de responsabilidad se ajustará a las respectivas normas de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración Pública.

CAPITULO VII

Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

Artículo 21º.

1. El Gobierno establecerá mediante Real Decreto la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, dirigida a orientar sobre la utilización de estas técnicas, a colaborar con la Administración en cuanto a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los Centros o Servicios donde se realizan las técnicas de Reproducción Asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.
2. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida podrá tener funciones delegadas, a falta de la normativa oportuna, para autorizar proyectos científicos; diagnóstico, terapéutico, de investigación o de experimentación.
3. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida estará constituida por: representantes del Gobierno y de la Administración; representantes de las distintas Sociedades relacionadas con la fertilidad humana y con estas técnicas; y por un Consejo de amplio espectro social.

GLOSARIO.

ADN. Ácido desoxirribonucleico, material del que están formados los genes. Es decir, contiene la información hereditaria en la gran mayoría de los organismos.

ARN. Ácido ribonucleico. Es un ácido nucleico que transporta señales para tareas específicas. Hay varios tipos de ARN, entre ellos, el ARN mensajero, que lleva señales desde los genes a los ribosomas.

ANIDACIÓN O IMPLANTACIÓN. Fase en la cual el blastocito se adhiere a la pared interna o mucosa del útero. Comienza al quinto o sexto día de fecundación.

ASPERMIA. Ausencia de espermatozoides en el líquido seminal.

ASTENOSPERMIA. Movilidad reducida de los espermatozoides que hace difícil la fecundación del óvulo.

BANCOS DE EMBRIONES. Lugar de conservación de embriones congelados para ser trasplantados posteriormente en la madre que donó el óvulo o en otra mujer estéril.

BANCOS DE TEJIDOS DE RECAMBIO. Entre las perversiones de la FIVET, se encuentra la proposición hecha por R. Edwards de hacer un banco de tejidos embrionarios de reserva para los "hijos de la FIVET". Por ahora, no es técnicamente realizable, pero consistiría en dividir el embrión en dos, de manera que una parte se implanta y la otra se deja desarrollar hasta un estadio de 3-4 semanas, para ser congelada a continuación y servir en el futuro como de tejidos de intercambio para la persona "gemela".

BIOÉTICA. Según la "Encyclopedia of Bioethics", N.Y. 1978, es "el estudio sistemática de la conducta humana en el ámbito de la ciencia de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto esta conducta es examinada a la luz de los valores humanos y de los principios". Otra definición precisa la proporciona el profesor Elio Sgreccia: "parte de la filosofía moral que se considera la licitud o ilicitud de las intervenciones sobre la vida del hombre y, de modo particular, de las intervenciones en relación con la práctica y el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas" (en *Bioética. Manual para medicina y biología*, Milán 1986, p. 43).

BIOPSIA EMBRIONAL. Técnica para analizar la estructura cromosómica de los embriones fecundados *in vitro*.

BLASTOCITO. Conjunto de células que resultan de la división del cigoto en el momento de implantación en la pared uterina, etapa que sigue a la de la mórula, y en la que las células internas se disponen alrededor de una cavidad central, acumulándose otras en uno de los polos.

CAPACITACIÓN DEL GAMETO MASCULINO. En el proceso natural de fecundación el espermatozoide sufre una serie de cambios (capacitación) durante su recorrido por el tracto genital femenino hasta la zona tubárica, en donde suele producirse la fecundación. En la FIVET se han de crear artificialmente estas condiciones, para capacitar el gameto masculino y éste pueda penetrar en el óvulo.

CARIOTIPO. Resultado del análisis de los cromosomas presentes en cada una de las células que componen un individuo.

CELULAS REPRODUCTORAS. Son los gametos. Es decir, los espermatozoides del varón y los óvulos de la mujer.

CIGOTO. Es la célula diploide (con dos pronúcleos), con potencialidad para desarrollar un ser humano, producida por la fecundación de un óvulo con un espermatozoide.

CLONACIÓN. Producción de individuos idénticos. Se realiza retirando el núcleo de un óvulo no fecundado y se sustituye por el núcleo de una célula sexual del organismo adulto que se quiere copiar.

CONCEPCIÓN. Fusión del óvulo y el espermatozoide.

CRIOCONSERVACIÓN. Mantenimiento de un organismo congelado.

CROMOSOMAS SEXUALES. Son los cromosomas que determinan el sexo y se denominan X e Y. Las mujeres tienen dos cromosomas X y los hombres un cromosoma X y otro Y.

DIAGNOSIS PRENATAL. Conjunto de técnicas para detectar en el embrión o en el feto determinadas anomalías cromosómicas o malformaciones somáticas, o en general situaciones patológicas en el embrión.

ECOGRAFÍA. Técnica por la que se utilizan los ultrasonidos para visualizar los órganos sólidos y las cavidades orgánicas.

ECTOGENESIS. Posibilidad de desarrollar los embriones fuera del útero materno, dentro de un ambiente artificial.

EMBRIÓN. Célula que cubre una serie de etapas, desde la formación del cigoto, hasta la transformación en feto, si llega a implantarse en el útero y desarrollarse.

EMBRIÓN PREIMPLANTATORIO O PREEMBRIÓN. Producto de la fusión de gametos humanos hasta su anidación.

EMBRIONES SOBRANTES. Son los embriones fecundados *in vitro* y que son transferidos en el útero materno. Se dan estos embriones porque en la FIVET se suelen fecundar varios óvulos de una mujer y así tener mayores posibilidades de éxito, pues el índice de embarazos con este método es más bien bajo y hay que repetir varias veces el trasplante. Al final, siempre quedan embriones sobrantes que no raras veces se utilizan para experimentación o se dejan morir.

ESPERMATOZOIDE. Célula reproductora o gameto masculino producido en los testículos.

ESTERILIDAD. Incapacidad natural, definitiva e irreversible para concebir.

EUGENISMO. Actitud con presupuestos filosóficos racistas que pretende favorecer la procreación de hombres cada vez más perfectos desde el punto de vista biopsíquico. Se trata de conseguir la transmisión sólo de los caracteres hereditarios positivos, eliminando con todos los medios las patologías causadas por un patrimonio cromosómico alterado.

PECUNDACIÓN. Fusión del óvulo con el espermatozoide.

FIVET. (*Fecundación in vitro con embryo transfer*). Fecundación en probeta y transferencia del embrión resultante al útero materno.

FIVET HOMÓLOGA. Aquella realizada con los gametos del marido y de la mujer. Con referencia a la FIVET homóloga se ha hablado del "caso simple" (*simple case*), que consistiera en la FIVET homóloga, fecundando un solo óvulo e implantándolo en el útero de la esposa. De esta manera se evitaría el problema de los embriones de reserva.

FIVET HETERÓLOGA. Implica la donación del semen o del óvulo o de ambas cosas a la vez. Se recurre a ella en caso de patologías más complicadas. Cuando no se da el proceso de ovulación, cuando se da aspermia o oligospermia en el varón, cuando la patología se da en el útero de la mujer, se recurre a la maternidad subrogada.

FERTILIDAD. Capacidad para reproducirse

FOLÍCULO. Es una estructura del ovario formada por un conjunto de células que incluyen en su interior el ovocito o célula germinal, que en su fase terminal de maduración constituirá el óvulo.

FUSIÓN DE EMBRIONES. Es la posibilidad de que dos embriones (gemelos o procedentes de padres genéticos diversos) puedan ser fusionados en un sólo embrión.

GAMETO. Célula reproductora o germinal. El gameto masculino se llama espermatozoide y el femenino óvulo.

GAMETOGÉNESIS. Es el proceso de maduración de las primitivas células germinativas. En el caso del ovocito se llama ovogénesis y en el caso del espermatozoide espermatogénesis.

GEMELOS MONOCIGÓTICOS. Desdoblamiento de un mismo cigoto en dos iguales, con el mismo código genético inicial.

GEN O GENE. Unidad básica de la herencia, compuesta por ADN, que ocupa un lugar determinado en un cromosoma.

GENOTIPO. Definición del tipo de genes de un individuo. Es decir, la información genética total contenida en los cromosomas de un organismo, y que se refiere a uno solo, a varios o a todos sus caracteres diferenciales.

GESTACIÓN. Embarazo de la mujer.

GIFT. (*Gametes intra fallopian transfer*). Método de fecundación, inventado por el médico argentino Ricardo Asch, que consta de las siguientes fases: 1) absorción del óvulo en el momento de la ovulación mediante ecografía y aspiración con una aguja-cánula; 2) obtención del semen mediante una técnica post-coital; 3) introducción del óvulo y del semen, separados con una burbuja de aire, inyectándolos en una de las trompas de Falopio en el momento y en las condiciones mejores para que se produzca la fecundación.

HISTERECTOMIA. Extirpación parcial o total del útero.

INFERTILIDAD. Incapacidad para concebir, que puede ser transitoria o definitiva.

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. Introducción del espermatozoide en el aparato genital de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual. **HOMÓLOGA.** Tiene lugar con el semen del marido. **HETERÓLOGA.** Se realiza con el espermatozoide de un "donante" ajeno al matrimonio.

INSEMINACIÓN INTRAPERITONEAL. Consiste en poner directamente el líquido seminal, debidamente capacitado, en el pliegue peritoneal del Douglas, situado en la parte superior del útero. Se utiliza: a) en el caso de oligospermia del hombre; b) cuando la secreción cervical del útero impide el paso de los espermatozoides.

LAPAROSCOPIA. Procedimiento instrumental que permite visualizar el interior de la cavidad del abdomen. Se realiza a través de una pequeña apertura en la pared abdominal anterior utilizando un artificio luminoso.

MATERIAL HEREDITARIO. Esta constituido por el ADN y en algunos casos por el ARN.

MATERNIDAD SUBROGADA. Es aquella donde una mujer, gratuitamente u onerosamente, dona el óvulo y/o lleva a término a cuenta de terceros la gestación de embriones fecundados *in vitro*. Se suele hacer distinción entre: a) madre por gestación: mujer que ofrece el útero para la gestación de un embrión genéticamente ajeno; b) maternidad subrogada: además de ofrecer el útero para la gestación, ha donado previamente el óvulo que posteriormente fue fecundado *in vitro*.

MEIOSIS. Modo especial de división de las células de tipo sexual que lleva a la formación de gametos, cada uno con un patrimonio genético diferente.

MICROCEFALIA. Disminución del tamaño de la cabeza por reducción del cráneo. Se debe, por lo general, a una malformación cerebral congénita.

MITOSIS. Modo de reproducirse de las células somáticas normales, por el cual una célula se divide en dos células idénticas.

MORULA. Masa sólida de células semeando una mora, originada por la división celular del cigoto, y anterior a la etapa del blastocito.

OLIGOSPERMIA. Cantidad reducida de espermatozoides en el líquido seminal. Hace difícil la fecundación del óvulo.

OVOCITO. Células inmaduras del folículo ovárico que, por un proceso de maduración en varias etapas, van a dar lugar al óvulo maduro, con 23 cromosomas en el momento de la ovulación.

OVULO. Célula reproductora o gameto femenino producido en los ovarios.

PARTENOGENÉISIS. Proceso reproductivo asexual por el que un gameto genera un nuevo individuo sin fecundación. Tiene lugar en algunas plantas e invertebrados.

PRONÚCLEO. Núcleos masculino y femenino del huevo humano recientemente fecundado. Cada pronúcleo contiene los cromosomas - de origen paterno y materno - que conferirán al individuo características únicas.

PUNCIÓN FOLICULAR. Técnica para obtener un óvulo a través de una cánula que se introduce en el folículo de Graaf, en el ovario.

QUIMERA. Variaciones genotípicas que afectan sólo a las células somáticas.

RIBOSOMA. Pequeña partícula citoplasmática esférica que está formada por proteínas y ARN; en ella tiene lugar la síntesis de las proteínas.

SEMEN. Líquido producido por los testículos que contiene en suspensión los espermatozoides.

SINGAMIA. Se llama así a la fertilización del óvulo, esto es la penetración de un espermatozoide dentro de un ovocito maduro y la fusión consiguiente de las dos respectivas estructuras que contienen los cromosomas y a las que se da el nombre de pronúcleos.

SUPEROVULACIÓN. Técnica de estimulación hormonal del ovario femenino para inducir la maduración contemporánea de 5 o más óvulos, de modo que se puedan fecundar varios embriones para el proceso de la FIVET.

TERATOSPERMIA. Defecto del líquido seminal que consiste en que los espermatozoides padecen diversas anomalías o incluso son inertes.

TOTIPOTENCIALIDAD. Dicese de las células del embrión en la primera fase, cuando no están diferenciadas y tienen la capacidad, si se separasen, de formar un nuevo individuo completo (fenómeno de los gemelos).

TRANSFERENCIA DE EMBRIONES. Transporte de embriones producidos por FIV, desde el laboratorio al interior del útero femenino donde se implantan.

TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS. Operación consistente en depositar conjuntamente los óvulos recientemente extraídos y el semen (fresco o congelado) en el interior de la ampolla de las trompas de Falopio de una mujer para producir la fecundación.

TRASPLANTE EMBRIONARIO O TRANSFERENCIA DE EMBRIONES. Colocación del embrión en el útero de modo que pueden anidar. Normalmente, no se suelen transferir al útero materno más de 4 embriones, con la esperanza de que al menos uno anide.

TROMPAS DE FALOPIO. Tubo muscular a lo largo del cual el óvulo se traslada desde el ovario al útero, y en el cual es fecundado.

VETRIFICACIÓN. Nueva técnica de preparación del congelamiento del embrión, tratando de evitar las alteraciones de la estructura del embrión sometándolo previamente a una especie de baño en gelatina. Las sustancias químicas con las que viene envuelto parecen ayudar a la solidificación amorfa del contenido celular.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ALBADALEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil I* "Introducción y Parte General", vol. II, BOSH, Barcelona, 1985.
- *Curso de Derecho Civil IV*, "Derecho de Familia", Bosch, Barcelona, 1989.
2. ABEL, F. "Aspectos éticos de la tecnología de la reproducción asistida" en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A., Madrid, 1989.
3. ALBACAR LÓPEZ, J., "Los aspectos jurídicos de la manipulación genética. inseminación artificial", en Rev. *La Ley* Nº1299, Madrid, 8 de octubre de 1985
4. ANDORNO, L., "El derecho frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana", en Rev. *Zeus*, Argentina, 7 de junio de 1985.
5. ANONIMO, "Conception in a watch glass", en *The England Journal of Medicine* Nº217, New England, 1937.
6. AULETTA, T. "Fecundación artificial: problema y perspectiva", en *Quadrimestre* Nº1, Italia, 1986.
7. BARBERA GUILLEM, E., "La manipulación o mediación científica en la reproducción humana", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1988.
8. BARRI, "Fertilización *in vitro*, informe presentado a la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana del Congreso de los Diputados", Madrid, 1985.
9. BENDERSKY, M., "La genética actual y el Derecho de Familia", en Rev. *Tapia* Nº37 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, diciembre de 1987.
10. BIGGERS, J.D., "Fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria en el comienzo de la vida", en *The New England Journal of Medicine* Nº304/6, New England, 1981.
11. BOTELLA, J., "Objeciones al informe sobre inseminación artificial con semen de donante, del que son autores los Drs. Calaf, Iglesias y Vanrell", presentado en la *Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas del Congreso de Diputados*, Madrid, 1985
- *Cortes generales*, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión Nº346 celebrada en Madrid el 23 de octubre de 1985.
12. BORJA SORIANO, M., *Teoría General de la Obligaciones*, 13ª edición, México, Porrúa, 1994.
13. BOUDIN, J.L., "Una perspectiva canadiense", en *Family relations in modern medicine*. XII International Congress of Comparative Law, Melbourne University, Canberra, Australia, agosto 1986

14. **BROPHY, K.M.**, "A surrogate mother contract to bear a child", en *Journal of Family Law*, vol. 20, USA, 1981-1982.
15. **CARCABA FERNÁNDEZ, M.**, "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del embrión humano)", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988.
16. **CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA**. 2ª edición, México, Coeditores Católicos de México, 1994.
17. **CERDA GIMENO, J.**, "La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* N° 1.482, Madrid, año XLII, de 15 de febrero de 1988.
18. **CHANG, M.C.**, "Fertilization of rabbit ova in vitro", en *Nature* N° 184, Londres, 1959.
19. **CLARKE, R.**, *Los niños de la ciencia*, Stock, Paris, 1984.
20. **CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.**, "Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco*, Editorial Trivium S.A. Madrid 1988.
21. **COLEMAN, P.**, "Maternidad Subrogada: análisis de los problemas y sugerencias para solucionarlos", en *Tennessee Law Review* 50, USA, 1982.
22. **CROW, C.**, "The surrogate child: legal issues and implications for the future", en *Journal of Juvenile Law*, vol. 7, USA, 1983.
23. **DELGADO ECHEVERRÍA, J.**, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida, II Congreso Mundial Vasco*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988.
24. **DEXEUS, S.**, *Informe presentado a la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas del Congreso de Diputados*, Madrid, 1985.
25. **DIAZ-AMBRONA, M.D.**, "Determinación de la paternidad en la llamada fecundación asistida" comunicado para el grupo *Hacia un nuevo Derecho de Familia para el Congreso Mundial de la F.I.D.A.*, 1987.
26. **DICKENS, B.**, "Aspectos legales de las prácticas de maternidad subrogada y propuestas" ponencia presentada al coloquium de Derecho Comparado. Cambridge, Reino Unido, 15-17 septiembre, 1987.
27. **DIEZ-PICAZO, L.**, (en colaboración), "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Suplemento N° 3, Madrid, 15 de enero de 1986.
28. **DE LA FUENTE, P.**, "Presente y futuro de la fertilización in vitro y transferencia de embriones", en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzaí S.A., Madrid, 1989.

29. DE LEÓN ARCE, A., "La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco*. Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988.
30. EDWARDS, R., "Maturation in vitro of human ovarian oocytes", en *The Lancet* 2, Londres, 1965.
31. EDWARDS, R., BAVISTER, B. Y STEPTOE, P., "Early stages of fertilization in vitro of human oocytes in vitro", en *Nature* 221, Londres, 1969.
32. ESER, A., "Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXVIII, fascículo 2, 1985.
33. "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética" en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal S.A., Madrid, 1989.
34. ESPIN CANOVAS, D., "Familia no matrimonial" en *Rev. Tapia* N°39 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, abril 1988.
35. FERNÁNDEZ PACHECO, M.T., "La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M", en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia* N°5, España, año CXXXVII, mayo de 1988.
36. GALINDO GARFIAS, *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas*. Editorial Porrúa, México, 1981..
37. GARCÍA CANTERO, G., "Incidencia de la medicina y biología moderna en el Derecho Civil español", en *Homenaje al profesor López Rodó*, vol. III, Universidad Complutense, Madrid, 1972.
38. GARCÍA MENDIETA, "Fertilización extracorpórea: aspectos legales" en *Rev. Ciencia y Desarrollo*, México, CONACYT, nov-dic, 1985, año XI, N°65, p. 39.
39. GARCÍA RUBIO, M.P., "La experiencia italiana en materia de fecundación asistida: consideraciones respecto al Derecho Civil español", en *Rev. Tapia* N°36 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, octubre 1987.
40. GITRAMA GONZALEZ, M., "Notas sobre la problemática de la pareja no casada", en *Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984.
41. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., "La fecundación in vitro y la filiación", Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
42. GONZALEZ GONZALEZ, A., "Consideraciones respecto al Informe de la Comisión Especial de estudio de la FIV y la inseminación artificial humanas", en *Actualidad Civil* N°41, Madrid, 8 de noviembre de 1987.
43. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "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", en *Actualidad Civil* N°48, Madrid, semana de 26 de diciembre-1° de enero de 1989.
44. HERVADA, JAVIER., *Introducción crítica al derecho natural*, 2ª Edición. EUNSA, Pamplona, 1983.
45. HORTAL ALONSO, A., "Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación in vitro humanas", informe presentado a la *Comisión especial de estudio de la FIV e IA humanas del Congreso de los Diputados*, Madrid, 1985.

46. LACADENA, J.R. "Una lectura genética de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto", en *Jano*, vol. XXIX N° 665, España, 17 de noviembre de 1985.

• "Manipulación genética en la especie humana", en vol. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, edición de Marino Barbero Santos, Artes Gráficas Benzal, S.A., Madrid, 1989.

47. LACRUZ BERDEJO, J., "Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes", presentado a la *Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados*, Madrid, 1985.

48. LLEDO YAGÜE, R., "La regulación jurídica de la inseminación artificial y la fecundación in vitro", ponencia presentada al *I Congreso Nacional De Bioética*, Valladolid, mayo 1986.

• "La genética actual y el Derecho de Familia", en *Rev. Tapia* N°36 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, octubre 1987.

• "Fecundación artificial y Derecho", Tecnos, Madrid, 1988.

49. MONGE, FERNANDO., *Persona Humana y Procreación artificial*, Ediciones Palabra, Madrid, 1988.

50. MONTES FENADES, V., *Informe presentado a la Comisión especial de estudio de fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados*, Madrid, 1985.

• "La genética actual y el Derecho de Familia", en *Rev. Tapia* N°39 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, abril 1988.

• "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988.

51. MORO ALMARAZ, M.J., "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro", tesis doctoral, Salamanca, 1986.

• "Procreación, paternidad y fecundación artificial", *Actualidad civil* N°23, Madrid, semana del 6-12 de junio de 1988.

52. PACHECO ESCOBEDO, A., *La persona en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª edic., México, Panorama, 1991.

53. PANTALEON PRIETO, F., "Procreación artificial y responsabilidad civil, en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida, II Congreso Mundial Vasco*, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1988.

• "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Rev. Jueces para la Democracia*, Madrid, diciembre de 1988.

54. RODRIGUEZ LUÑO A., Y LOPEZ-MONDEJAR, M., *La fecundación in vitro*, Ediciones Palabra, Madrid, 1986.

55. SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación". Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, Vaticano, 1987

56. SÁNCHEZ MEDAL, R., *De los contratos civiles*, 5ª edic., México, Porrúa, 1980.

57. SANCHEZ REBULLIDA, "Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española", en vol. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988.

58. SILVA RUIZ, P. "La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina", 19 *Rev. Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, mayo-agosto 1985.

*"El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler", en *Rev. Tapia* Nº36 (monográfica sobre Derecho de Familia), Madrid, octubre de 1987 y en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* Nº 1447, Madrid, febrero 1987.

59. SOTO LAMADRID, M.A., *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

60. TABOADA, L., *La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fecundación in vitro*, Icaria Editorial S.A., Barcelona, 1986.

61. TRABUCCHI, A., "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", en *Riv. Dir.*, Italia, 1982.

62. VIDAL GARCÍA, M., *Bioética. Estudios de una Bioética Racional*, Tecnos, Madrid, 1989.

63. VIDAL MARTÍNEZ, J., "La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos", en *La Ley*, Madrid, 1986.

64. ZANONI, E., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

65. ZARRALUQUI, L., "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos", en *Rev. General de Derecho* Nº 501, Valencia, junio 1986

66. *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.

Legislación:

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 4ª edición actualizada, México, McGrawHill, 1996.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 66ª edición, México, Porrúa, 1998.

Anexos:

RECOMENDACIONES DEL INFORME DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA SOBRE FERTILIZACIÓN HUMANA Y EMBRIOLOGÍA. Presidente: Mary WARNOCK, Dama del Imperio Británico (DBE). Impreso por orden de su Magestad en julio de 1984. Londres.

INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DE LA FECUNDACIÓN "IN VITRO" Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANAS. Presidente: Marcelo PALACIOS; Del Grupo Parlamentario Socialista. Impreso por orden de la Secretaría General del Congreso de los Diputados de España; mayo de 1985. España.

LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura. 31 de octubre de 1988. España