

Aspectos bioéticos y biojurídicos de la reproducción asistida

MARÍA CASADO
Universidad de Barcelona

(En este texto se reelaboran algunas de las ideas desarrolladas en mi trabajo «Reproducción humana asistida», realizado el pasado mes de abril para la revista Papers, de la Universidad Autónoma de Barcelona, coordinado por la Dra. Graciela Sarrible, y en el que se abordaba la cuestión desde el punto de vista de su repercusión en las ciencias sociales.)

SUMARIO

1. Nuevas cuestiones que plantea la biotecnología
2. La legislación española sobre reproducción asistida
3. Consideraciones sociales y repercusiones jurídicas

1. NUEVAS CUESTIONES QUE PLANTEA LA BIOTECNOLOGÍA

Las nuevas técnicas para la reproducción asistida⁽¹⁾ otorgan la posibilidad de ser padres, biológicamente, a algunas personas que sin la ayuda de estos adelantos biotecnológicos no habrían tenido descendencia. Dichas técnicas suelen ser uno de los primeros aspectos regulados cuando los Estados quieren normativizar problemas de bioética y nuevas tecnologías. Precisamente porque obligan a considerar desde un punto de vista nuevo muchas cuestiones que se daban por resueltas de forma tradicional y porque, junto a los indudables beneficios que suponen, se encuentran implícitas posibilidades de abuso. El problema de las relaciones entre la ley y la moral, -siempre central en la bioética-, reaparece y se reaviva cuando no hay un consenso realmente establecido y se pide que sea el derecho quién lo establezca.

Actualmente, -tras unos primeros momentos que fueron desde el recelo hasta la euforia ante las oportunidades que estas técnicas suponen, no solo en cuanto a la reproducción sino en cuanto a las posibilidades de investigación-, la sociedad las acepta aunque se considere necesario hacer un análisis cuidadoso de las mismas desde los diversos puntos de vista posibles.

(1) Salvo que se especifique otra cosa al hablar de reproducción asistida se hace referencia tanto a la inseminación artificial (homóloga -con semen de la pareja- y heteróloga -con semen de donante-) como a la fecundación in vitro y sus diversas técnicas.

(2) Incluso el nuevo Código Penal, en vigor desde el mes de mayo del presente año, se refiere a esta problemática en un capítulo de nueva creación que regula la manipulación genética.

(3) Con carácter general proporcionamos orientaciones valiosas la obra de G. Hottois y M.H. Parizeau *Les mots de la Bioéthique*, diccionario publicado por De Boek Université, Bruselas, 1993.

(4) El ejemplo más representativo de los planteamientos detractores «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida», *Jueces para la Democracia*, diciembre/88, de Fernando Pantaleón.

(5) El 24 de febrero de 1989 fue presentado por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso y aún no ha sido resuelto.

(6) La discusión ha llegado a enfrentarse en nuestro país al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional. Sobre la libre investigación de la paternidad y la negativa a someterse a las pruebas biológicas, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril del 86 y de 9 de junio del 91 y la sentencia 7/94 de 17 de enero, del Tribunal Constitucional de gran importancia en este sentido.

Antes de tomar decisión alguna sobre la utilización de las nuevas tecnologías hay que evaluarlas detenidamente: ¿Cuáles son las consideraciones de carácter ético que nos ayudan a decidir? ¿Podemos justificar los fines y los medios empleados? ¿Cuáles son los valores relevantes para justificar los objetivos y el uso legítimo de las tecnologías reproductivas y de la investigación que se lleva a cabo mediante las mismas? ¿Existen responsabilidades con respecto a consecuencias no buscadas?

Por otra parte hay que determinar también quienes son los que deben realizar estas evaluaciones: ¿los médicos? ¿los científicos? ¿la sociedad? ¿las mujeres? ¿los poderes públicos? ¿las empresas y clínicas que las utilizan para la obtención de unos beneficios?. Además ¿con arreglo a qué criterios?

Conviene tener presente que la protección de los Derechos Humanos es la línea básica del razonamiento moral y jurídico. Junto con las valiosas orientaciones que proporcionan estas pautas, hay que tomar en consideración que los médicos y los poderes públicos tienen la obligación de atender la sanidad y ello incluye la tecnología disponible, por otro lado la Constitución considera la libertad de investigación como un derecho fundamental. Además, en nuestro país existe una normativa específica que regula el ámbito de la reproducción asistida de forma pormenorizada: la Ley 35/88 y la 42/88, completadas por numerosa normativa posterior⁽²⁾.

Todo esto suministra el marco en que se debe desarrollar el análisis de los problemas, pero ¿se establecen las suficientes garantías?. La dignidad humana ¿queda afectada por las nuevas formas reproductivas? ¿por la experimentación con embriones?. El derecho a la vida, tradicionalmente interpretado de forma que su primera colisión tenía lugar con el derecho al aborto, ¿queda implicado en los problemas de las transferencias de embriones, las «reducciones embrionarias» o los embriones «sobrantes»? ¿qué opinar sobre el diagnóstico precon-

cepcional y preimplantatorio?, ¿sobre el diagnóstico prenatal y el consejo genético?.

El derecho a crear una familia ¿se altera por las nuevas posibilidades que surgen: alquiler de úteros, inseminación de mujeres solas, donaciones de óvulos? ¿la paternidad?. Los derechos de la mujer ¿no sufrirán retrocesos al perder el control de su propio cuerpo como resultado de la absoluta medicalización de las decisiones? ¿se crean nuevas necesidades y nuevas desilusiones? ¿la información es suficiente? ¿el consentimiento es verdaderamente informado?. Desde el punto de vista de los seres no autónomos ¿qué decir en cuanto a los derechos del hijo?.

El derecho a la asistencia y cuidado de la madre ¿puede extenderse a los nuevos procedimientos? ¿sin limitación alguna?. La igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias ¿podrá garantizarse teniendo en cuenta que el presupuesto sanitario es necesariamente limitado y los gastos de salud siempre crecientes?

Para todos los especialistas, -sean médicos, biólogos, juristas, sociólogos, filósofos, educadores...-, las posibilidades que presentan las nuevas tecnologías reproductivas llevan consigo dilemas difíciles de resolver⁽³⁾. Las decisiones a tomar se han incrementado de manera vertiginosa y obligan a someter a revisión los planteamientos habitualmente aceptados.

2. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Desde un punto de vista jurídico, la Ley española, pionera en Europa en su momento, ha sido fuertemente criticada⁽⁴⁾ y fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad⁽⁵⁾ por cuestiones que se refieren a la posibilidad de utilización de las técnicas por mujer sola, por aspectos relativos al anonimato y la filiación⁽⁶⁾ y por el mismo rango de la norma.

Esta ley supuso un avance al regular específicamente la utilización de las mencionadas técnicas, cosa que solicitaban principalmente los necesitados de saber cual era el marco legal a que debían adaptarse, médicos, clínicas y laboratorios implicados. Además de proporcionarles seguridad jurídica, la ley supuso un importante aval, pues como es sabido el derecho posee una función legitimadora de aquellas conductas que regula y no prohíbe.

La ley trata de proteger los derechos fundamentales de padres, hijos, donantes de material genético y de las madres subrogadas y está basada en la finalidad de la protección de la criatura antes que en el punto de vista de la pareja. El derecho comparado discurre por sendas análogas, siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa desde 1978 y las establecidas por los numerosos informes elaborados por los comités ad hoc que han existido(7).

Se regulan la inseminación artificial homóloga, con especial consideración de la post mortem, la inseminación artificial heteróloga realizada en parejas heterosexuales estables y en mujeres solas, la fecundación in vitro en sus diversos supuestos, la cuestión del estatus jurídico de los embriones, la maternidad subrogada, la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas, las características de la donación de elementos genéticos y las diversas responsabilidades derivadas de las técnicas de reproducción asistida(8).

La cuestión de la paternidad se resuelve siguiendo un criterio de atribución de la paternidad formal: deriva de haberla aceptado previamente y por escrito -en documento auténtico- al acceder a las técnicas. Es interesante señalar, como hace Encarna Roca(9) que tras siglos de lucha por poder considerar padre a quién biológicamente la era, reivindicando la libre investigación de la paternidad(10), se pasa de un criterio material de paternidad a uno formal con las técnicas de reproducción asistida, -como también con la adopción-. Para

la madre la ley establece la maternidad por el parto, hecho físico que determina la filiación sea cual sea el origen del material genético.

En cuanto a los donantes la ley establece la gratuidad y el centro es el responsable de los datos de salud ya que cualquiera puede ser donante. El principal problema, desde el punto de vista del derecho civil, estriba en si puede ser investigada o no la paternidad, -en el Registro Civil no aparece mención alguna-; aunque se sepa quién es el donante del material genético no se puede hacer reclamación alguna.

Si bien está claro que el padre que consintió en la utilización de las técnicas de procreación asistida no puede rechazar su paternidad por cuestiones genéticas, el hijo ¿puede investigar?. El art. 5.5 de la ley permite la información general sobre el donante pero no su identificación; esta es una de las razones de impugnación de la ley; la solución adoptada estriba en no impedir la investigación pero no concederle efectos legales(11).

Un aspecto importante a considerar es que tanto la ley 35/88 como la ley 42/88 regulan cuestiones referentes a expectativas de vida. La primera define los conceptos de pre-embrión, embrión y feto y dado que es el nacimiento lo que determina la personalidad jurídica es de señalar que el embrión no posee «derechos». Derechos solo poseen las «personas». El embrión es un bien jurídicamente protegido pero no puede considerarse una persona ni un individuo y no posee la titularidad de derechos fundamentales. La vida es un derecho fundamental ligado al nacimiento; la doctrina del Tribunal Constitucional limita la protección del ordenamiento jurídico a las personas(12).

Por otra parte para que la ley proteja al embrión tienen que estar vivo, en desarrollo, lo que tiene implicaciones importantes: los embriones «sobrantes» creados in vitro ¿deben ser destruidos?, ¿pueden ser usados en experimentación?, si se conservan, ¿hasta cuándo?, ¿se pueden

(7) En España el Informe Palacios, aprobado por el Congreso en 1986, fue el origen directo de la ley. Anteriormente, en 1984, se había publicado en Inglaterra el Informe de la comisión Warnock y en Alemania, en 1985, el Informe de la comisión Benda.

(8) Para una información completa sobre los aspectos estrictamente jurídicos véase Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, de María Cárcaba Fernández, J.M. Bosch ed., Barcelona, 1995.

(9) Materiales del Master de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: «La Ley de Reproducción Asistida» conferencia impartida el 21 de noviembre de 1995 por la Dra. Roca, Palau de les Heures, Fundació Bosch i Gimpera, Barcelona.

(10) La investigación de la paternidad estuvo prohibida en el Código Civil español hasta la aprobación de la Constitución en defensa de una determinada concepción de la unidad familiar. Mientras, era reivindicada por el derecho civil catalán y por el derecho canónico.

(11) La catalana Llei de Filiacions, 7/91, utiliza también el criterio de mantener el vínculo formal y la ley inglesa hace lo mismo.

(12) Véase la famosa sentencia sobre el aborto 53/85, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional; en conexión con esta cuestión también la 120/90, de 27 de junio, del mismo Tribunal.

(13) El derecho español crea una categoría de viabilidad objetiva: la permanencia de 24 horas fuera del claustrero materno.

(14) Sobre estas cuestiones y sobre la «cosificación» del embrión no viable, véase E. Roca «El derecho complejo. Los misterios de los embriones», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Universidad de Deusto-Fundación BBV, nº 1, pág. 121 y ss. También M. Cárcaba Fernández, op. cit. págs. 157-162.

(15) Véase A.M. de Vilaine: "Experts et législateurs de la normalité de l'être humain: vers un eugénisme discret", en *Le magasin des enfants*, obra colectiva dirigida por J. Testar, ed. F. Bourin, París, 1990, págs. 140-156.

(16) Instrucción de la congregación para la doctrina de la fe, de 22-II-87, «El respeto a la vida humana que nace y a la dignidad de la procreación».

(17) Véase el interesante análisis realizado por G. Sarrible en «The not so Sacred Image of Motherhood», AAVV, *Young Women and Life Choices*, monografía realizada bajo los auspicios de UNFPA, ed. Sid Occasional Publication Series, Roma, mayo, 1992.

(18) Véase A. Rogers y D. L. Durand de Bousingen, *Une Bioéthique pour l'Europe*, ed. du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1995, que suministra numerosos detalles, contrastados en el ámbito de los países miembros, y que parecen químicamente futuristas.

(19) Pacientes aquí denominadas específicamente «suturias».

(20) Véase J. Egozcue: «Diagnóstico preconcepcional y preimplantatorio», en *Genética humana*, C. Romeo Casabona ed., Universidad de Deusto, 1995, cap. 4, págs. 105-114. También Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas, J. Gafó ed., Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995.

reimplantar modificados genéticamente si hay taras?. La ley permite las manipulaciones sólo con finalidades diagnósticas y terapéuticas: toda intervención sobre el embrión o el feto tiene que estar encaminado a su bienestar.

Una cuestión compleja es la distinción entre embriones viables y no viables, -distinción secularmente establecida por el derecho respecto a la persona⁽¹³⁾. Se consideran no viables los embriones procedentes de abortos -la ley además prohíbe abortar para utilizar el embrión o los órganos del feto-. Los embriones sobrantes, procedentes de fecundación in vitro, se consideran no viables tras cinco años de permanecer congelados y pueden ser utilizados para la investigación⁽¹⁴⁾.

Como queda patente la reproducción asistida presenta problemas que exceden de los estrictamente jurídicos, aun dejando de lado los inconvenientes derivados de su capacidad para facilitar formas de procreación y de investigación no deseables, como las prácticas eugenésicas⁽¹⁵⁾, la clonación o las manipulaciones genéticas no terapéuticas, -que son contrarias al derecho a heredar un patrimonio genético no alterado y que entran en conflicto con el principio de justicia intergeneracional-.

3. CONSIDERACIONES SOCIALES Y REPERCUSIONES JURÍDICAS

La opinión de la sociedad ante la reproducción asistida en la actualidad es de aceptación generalizada. Sin embargo en el trasfondo de éstas, existen concepciones morales y religiosas contrapuestas.

Es interesante señalar que la religión católica se muestra en su doctrina⁽¹⁶⁾ totalmente contraria a ellas aunque en la práctica no hace hincapié en su prohibición -contrariamente a lo que sucede con otras cuestiones por ejemplo sobre el aborto-. Tampoco otras religio-

nes, como la ortodoxa, el judaísmo, o el islamismo son favorables a la utilización de las técnicas de reproducción asistida: las iglesias reformadas minoritarias son algo más permisivas⁽¹⁷⁾.

Desde planteamientos radicalmente distintos, la consideración del respeto a los derechos de la mujer hace que tampoco los análisis feministas sean favorables a la aceptación de estas técnicas. La creencia de que en ciertos casos las mujeres están sometidas a presión⁽¹⁸⁾, de que la información no es todo lo explícita que sería necesario en cuanto al carácter fuertemente intrusivo de los procedimientos -de donación de óvulos por ejemplo-, y la idea de que el consentimiento informado no es ni tan informado ni tan libre en determinados casos, lleva a plantearse si tras las indudables ventajas no existen puntos oscuros que deberían ser puestos de manifiesto y debatidos conjuntamente.

La reproducción asistida plantea de forma especialmente señalada los tradicionales problemas de las relaciones médico-paciente⁽¹⁹⁾: información, consentimiento, confidencialidad... El diagnóstico prenatal y consejo genético se constituyen en ejemplos paradigmáticos⁽²⁰⁾ más aún si se les pone en relación con el problema del aborto, y si se tiene en cuenta el hecho de que no son técnicas curativas sino que su éxito se limita a solucionar el problema para una sola vez.

Tras las nuevas tecnologías se evidencia que subyacen los mismos planteamientos tradicionalmente «patriarcales»⁽²¹⁾. Lo que se presenta como un logro para la mujer tiene importantes costos que deben ser tenidos en cuenta ya que una vez iniciado el proceso el control del mismo escapa totalmente de sus manos⁽²²⁾ y lo que se plantea como una nueva opción reproductiva puede devenir una nueva forma de opresión⁽²³⁾. Debe ponerse de manifiesto la existencia de otras opciones alternativas, como la adopción. Debe considerarse que las tasas de éxito son bajas, especialmente en algunas de las técnicas de reproducción asistida. Y si fracasan, el

tener que aceptar la esterilidad de forma reiterada -y definitiva- genera nuevos sufrimientos.

Jacques Testar, «padre» del primer bebé probeta francés, Amandine, ha señalado reiteradamente que estas técnicas no son inocuas y que no pueden ser consideradas neutrales. Su conocido texto *El embrión transparente*⁽²⁴⁾ pone de manifiesto los peligros del éxito en sí mismo: «del bebé probeta al bebé espectáculo»⁽²⁵⁾, y nos recuerda que si bien la inteligencia humana tiene la virtud de adaptar al hombre a su entorno dándole los medios para resolver los pequeños problemas esta misma inmediatez le absorbe y le ahorra plantearse problemas graves de más largo alcance, convirtiéndolo un «inadaptado del universo»⁽²⁶⁾.

La misma aceptación social antes mencionada conoce sin embargo ciertos límites. No suele aceptarse fácilmente ni la maternidad de alquiler ni la aplicación de estas técnicas como medio para dar hijos a parejas de mujeres homosexuales; en este sentido se plantean problemas semejantes a los que se suscitan con la adopción.

Otros problemas sociofamiliares como la limitación del número de hijos por donante están resueltos por las normas jurídicas y las de la buena práctica clínica. La sociedad debe decidir si el derecho a la vida implica también el reconocimiento del derecho a crear vida y cuales son los límites que hay que tomar en consideración en tal sentido.

¿Existe el derecho a tener hijos a cualquier costo?. Si bien esta pregunta no sólo hace referencia al sentido económico, no debe perderse de vista que la distribución de los recursos es un problema de primera magnitud en lo que hace a la salud. Los presupuestos sanitarios son necesariamente limitados y los gastos de salud también necesariamente crecientes a medida que aumenta el nivel de vida y las posibilidades de la técnica. Esto implica que los gastos deben

limitarse y a su vez esto conlleva a elegir prioridades en la atención sanitaria de la población. La jerarquización de las prestaciones y su financiación debe ser hecha de acuerdo con las prioridades de la misma población a la que los programas de salud pública se dirigen.

Para concluir, pueden considerarse los problemas implicados en la posibilidad de elegir el sexo del futuro hijo. La selección de sexo, -su rechazo por motivos no terapéuticos-, ha sido precisamente el único supuesto que ha dado lugar a la intervención de los tribunales en nuestro país⁽²⁷⁾. En estos días ha resurgido la polémica pues algunos científicos y juristas prestigiosos de nuestro país han abogado por la revocación de dicha prohibición alegando que no perjudicaría ni el interés público ni la dignidad de la persona⁽²⁸⁾.

Este es un punto que ilustra perfectamente la cuestiones fundamentales que se han ido desarrollando hasta aquí y permite hacer una evaluación general de los problemas implicados. La elección de sexo nos sitúa frente a la alternativa que opone la toma de decisiones con arreglo a criterios estrictamente individuales a la resolución de las cuestiones atendiendo a los planteamientos del interés colectivo⁽²⁹⁾.

Tanto desde el punto de vista jurídico, como del ético, del médico o del sociológico la libre elección del sexo de los hijos genera problemas que pueden ser resueltos de distinta forma si se considera la cuestión como una decisión individual, simplemente, o como algo que repercute en la comunidad misma. Esto nos lleva al dilema fundamental entre derechos del individuo y los del grupo: ¿hasta donde puede pedirse al individuo que renuncie a sus mejores intereses en nombre de una colectividad genérica?.

La propia concepción del mundo y de la sociedad serán determinantes a la hora de identificar los intereses en juego y de establecer cuales deben ser los valores a proteger y su jerarquización.

Sobre los problemas del diagnóstico genético en relación con la protección de la salud pública, véase M.Casado: «El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica. Exigencias de la salud pública y salvaguarda de la dignidad humana», en *rev. Derecho y genoma*, no 4, Universidad de Deusto Fundación BBV, 1996.

(21) Véase la ponencia de Verena Stolcke «Las nuevas tecnologías reproductivas, la vieja paternidad», págs. 87 y ss.

(22) Véase G. Delaisi de Parseval: «Le désir d'enfant giré par la médecine et par la loi», en *Le magasin des enfants*, op.cit. págs. 266-280.

(23) V.Stolcke, op.cit. págs. 115 y ss.

(24) Ed. Granica, col. Ciencia abierta, Barcelona, 1988.

(25) J. Testar, op. cit. pag.27 y ss.

(26) J. Testar se refiere a una cita de J.Rostand, «Pensamientos de un biólogo», con la que abre el cap.V de la op. cit., pág. 113.

(27) Ante el Juzgado de Mataró se presentó la solicitud de que fuese aceptada la selección de sexo para concebir una niña, por parte de una mujer de cuarenta y cinco años madre de cinco varones. El juez dictó auto favorable el 2-VIII-90, que recurrió el fiscal que ya había informado desfavorablemente. La Audiencia de Barcelona revocó el Auto del Juzgado de Mataró el 12-XI-90, afirmándose en el Auto del tribunal superior que es la madre para el hijo y no el hijo para la madre.

(28) En tal sentido véanse las declaraciones al diario *Avui*, 10-XI-96, página 38, de Josep Egozcue, Catedrático de Biología Celular de la Universidad Autónoma de Barcelona recientemente galardonado con el premio de investigación de la Fundación Catalana per la Recerca, y el trabajo sobre la selección de sexo de Francesca Puigpelat, Catedrática de

Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, en el nº 5 de la Revista de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto-Fundación BBV, segundo semestre de 1996.

(29) Véase J. Egozcue: «Sex selection: why not?», en *Human Reproduction*, vol. 8, nº 11, Pag. 1777, 1993, y también su capítulo «Bioética y reproducción asistida», en *Materiales de Bioética y Derecho*, ed. a cargo de María Casado, Cedecs, Barcelona, 1996.

Las conclusiones a que se llegue deben ser cotejadas con las del conjunto de la sociedad en una discusión libre e informada. La existencia de una determinada regulación legal no cierra el asunto de manera definitiva: las interrelaciones entre las normas jurídicas y la sociedad son mutuas y de esta influencia se deriva en gran medida la evolución y la vida de ambos.