

# TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN ESPAÑA TRAS LA REFORMA DE 2006: DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DE FAMILIA

**Yolanda García Ruiz**

Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado

Universitat de València

**Resumen.** El artículo analiza la regulación contenida en la *Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, de 26 de mayo de 2006. En especial, su incidencia en los Derechos humanos: en los derechos de la mujer, de los hijos, del esposo o pareja de la mujer y de los donantes. Asimismo, examina su repercusión en los conceptos de maternidad, paternidad y filiación. Todo ello, partiendo de la necesidad de insertar la nueva Ley en el marco jurídico vigente del Derecho de familia con la coherencia que requiere la adecuada construcción de un sistema.

**Abstract.** The article analyzes the regulation contained in the *Assisted Human Reproduction Act* (26 May 2006). In special, its incidence in the Human rights: in the rights of the woman, of the children, of the husband or the pair of the woman and of the donors. Also, it's analyzed his repercussion in the concepts of the maternity, paternity and connection. All it starting off of the necessity to insert the new Law within the framework of the Right of Family with the coherence that requires the suitable construction of a system.

**Palabras clave.** Reproducción humana asistida. Derechos humanos. Derecho de familia. Maternidad. Paternidad. Filiación. Donantes. Maternidad subrogada. Fecundación *post mortem*.

**Keywords.** Assisted human reproduction. Human Rights. Right of family. Maternity. Paternity. Connection. Donors. Subrogacy maternity. *Post mortem* fecundation.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Reproducción asistida y Derechos humanos. 2.1. Las usuarias. 2.2. Los hijos. 2.3. Los donantes. 3. Reproducción asistida y Derecho de familia. 3.1. La maternidad. 3.2. La paternidad. 3.3. La relación fraterna. 4. Reflexión final.

## 1. INTRODUCCIÓN.

La reforma de la legislación española en materia de reproducción humana asistida<sup>1</sup> ha sido una de las más esperadas de cuantas se han acometido durante el año 2006. Es por todos conocida la tensión política, científica, ética y jurídica que se había generado en torno a la investigación con los embriones humanos sobrantes de la práctica de la fecundación *in vitro*<sup>2</sup>. Y es

---

<sup>1</sup> Vid. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *B.O.E.* núm. 126, de 27 de mayo de 2006, 19947 a 19956.

<sup>2</sup> La primera regulación jurídica sobre estos temas en nuestro país se estableció, como es sabido, en la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. En aquel momento, la prioridad fundamental eran las prácticas de reproducción artificial y no tanto las posibilidades de investigación científica sobre los embriones. Sin embargo, pronto surgió el problema del destino de los embriones que resultaban sobrantes de las prácticas de la fecundación *in vitro*, lo que propició que se abriera un gran debate político, ético y social que dio lugar a dos informes de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida (el primero, de diciembre de 1998 y, el segundo, de mayo de 2000) y a un informe del Comité Asesor de Ética en la investigación científica y tecnológica.

El resultado jurídico de aquel debate se plasmó, en noviembre de 2003, en una nueva Ley que reformó parcialmente la Ley de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 45/2003, de 21 de noviembre). La Ley del 2003 surgió, por tanto, con la intención de ofrecer una solución jurídica al conflicto ético del destino de los embriones sobrantes de la fecundación *in vitro*.

Como es sabido, la práctica de la fecundación *in vitro* consiste en llevar a cabo la fecundación del óvulo fuera del seno materno con el fin de proceder a su implantación en un momento posterior. El problema de los embriones sobrantes se origina al fecundar un número mayor de óvulos de los que finalmente son implantados. En principio, los centros de reproducción asistida suelen generar más embriones de los que se van a implantar. De este modo, lo que se pretende es evitar que la mujer tenga que volver a someterse a los molestos tratamientos hormonales y de estimulación ovárica que preceden necesariamente a la obtención de óvulos para la práctica de la fecundación *in vitro*.

El conflicto jurídico del destino de los embriones sobrantes se suscitó en España a tenor de lo dispuesto en artículo 11.3 de la Ley de 1988. Dicho artículo

un hecho que la nueva Ley trae causa de dicha tensión aunque también de la necesidad de corregir algunos aspectos jurídicos

---

establecía que los embriones que no fueran implantados se podrían crioconservar por un período máximo de cinco años. El problema consistía en que la Ley de 1988 no especificaba qué hacer con ellos una vez transcurrido dicho plazo. Este vacío jurídico y el consiguiente conflicto ético provocaron tensiones éticas, políticas y sociales significativas. Con el fin de ofrecer cauces resolutivos, los Informes de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida apuntaron al respecto soluciones diversas: por un lado, se contemplaba la posibilidad de donar los embriones a otras parejas con problemas de esterilidad y, por otro, su utilización con fines científicos. En todo caso y como opción preferente a su destrucción sin más, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida siempre abogó por posibilitar que se destinaran a la investigación científica.

La necesidad de resolver jurídicamente esta temática era evidente y, con dicha finalidad, se instó la reforma legislativa de noviembre de 2003. Los aspectos fundamentales de la reforma se centraron en dos cuestiones:

En primer lugar y con el fin de evitar la generación masiva de embriones sobrantes, la Ley dispuso, como regla general, que se limitara a tres el número de óvulos fecundados en las prácticas de fecundación *in vitro*. El objetivo era claro: intentar que no se fecundaran más óvulos de los que se solían implantar en cada proceso reproductivo. No obstante, la propia Ley disponía que, en determinados supuestos y cuando así lo requiriera la patología de los progenitores, se podría ampliar el número de óvulos fecundados.

En segundo lugar y en relación con el problema de los embriones sobrantes ya existentes, la Ley de 2003 establecía que serían los progenitores quienes tendrían que decidir el destino de dichos embriones. Las posibilidades que contemplaba la Ley al respecto eran tres:

- \* Los progenitores o la mujer, en su caso, podrían decidir que los embriones permanecieran crioconservados con el fin de utilizarlos ellos mismos para la reproducción en un momento posterior.
- \* Podrían donarlos a otras parejas con fines reproductivos.
- \* Y también podrían decidir que se utilizaran con fines de investigación científica.

De este modo, la Ley del 2003 posibilitó la investigación con embriones humanos pero sólo con aquellos que se encontraban crioconservados antes de su entrada en vigor y, por supuesto, previo consentimiento de los progenitores. El intento por resolver la problemática del destino de los embriones sobrantes se acometió en aquel momento mediante esta opción legislativa que no ha resultado pacífica y que ha propiciado la última reforma de la legislación española sobre reproducción asistida, de mayo de 2006. En relación con las cuestiones referidas, vid. GARCÍA RUIZ, Y.: *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Ed. Comares, Granada 2004, 156 a 164 y 289 a 293.

que habían quedado desfasados por los últimos descubrimientos científicos en este campo<sup>3</sup>.

La revolución reproductiva, que ha propiciado intensos debates en la mayor parte de los países de nuestro entorno cultural más próximo, estalló en 1978, tras el nacimiento de Louise Brown mediante la técnica de la fecundación *in vitro*. Aquel hecho, sin precedentes hasta entonces, supuso una auténtica conmoción científico-médica a nivel mundial.

Las posibilidades de intervenir, de forma artificial, en los primeros estadios de la vida humana y de inducir la fecundación fuera del seno materno generaron grandes esperanzas en algunos y no pocos recelos en otros.

El vertiginoso avance de la biomedicina en su versión reproductiva comenzó a generar perspectivas terapéuticas impensables hasta ese momento y, la preocupación por paliar las consecuencias de la esterilidad, que se hallaba en el origen del desarrollo de las técnicas reproductivas, fue cediendo progresivamente ante las potencialidades terapéuticas que

---

<sup>3</sup> En este sentido, el preámbulo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece: “El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sólo dio una respuesta parcial a tales exigencias. En efecto, dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban criopreservados con anterioridad a su entrada en vigor - noviembre de 2003-, aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada”. B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo, 19947.

mostraban los estudios realizados sobre los primeros estadios del desarrollo embrionario<sup>4</sup>.

Las diversas leyes españolas sobre reproducción asistida han sido un claro reflejo de la inflexión apuntada. La primera Ley, de noviembre de 1988, identificaba la finalidad principal de las técnicas reproductivas con la actuación médica ante la esterilidad humana. Por el contrario, las sucesivas reformas - noviembre de 2003 y mayo 2006- se han centrado, de manera prioritaria, en la temática relativa a la investigación y a las prácticas científicas y terapéuticas. De este modo, se han relegado a un segundo plano las cuestiones que afectan a las técnicas reproductivas, a los derechos de los sujetos implicados en las mismas -usuarias, hijos, donantes- y al Derecho de familia.

Pues bien, a estos temas olvidados se van a dedicar estas páginas: a su tratamiento en la Ley de 2006. En concreto, a los derechos de las personas que participan en las técnicas: a los derechos de las mujeres, de los maridos o parejas de aquéllas, de los hijos y los donantes; a las relaciones paterno-filiales y fraternas y, en definitiva, a todo aquello que, por no estar relacionado con la investigación, no se menciona con tanta asiduidad en los medios de comunicación; a lo que no se publicita pero existe y, además, tiene importancia y relevancia jurídica.

## **2. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DERECHOS HUMANOS.**

Si hay algún aspecto que resulta pacífico al analizar las técnicas de reproducción asistida desde una perspectiva jurídica es su incidencia sobre determinados derechos de la persona, en cuyo sustrato se halla la dignidad del ser humano.

Los derechos a la intimidad, a la salud, a formar una familia, a la integridad física y moral y a la libertad de conciencia

---

<sup>4</sup> Vid. LEMA AÑÓN, C.: Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida, Ed. Trotta, Madrid 1999, 194 y 195.

son algunos de ellos. Se ha hablado, incluso, del derecho a la reproducción<sup>5</sup>, de derecho a la procreación<sup>6</sup> y también, en un tono más genérico y omnímodo, de derechos reproductivos<sup>7</sup>. En todo caso, es innegable la incidencia de las técnicas reproductivas en determinados derechos subjetivos de la persona.

Las mujeres, que son las destinatarias directas de la acción médica en materia de reproducción asistida, pueden resultar especialmente afectadas en sus derechos. Los más sensibles son el derecho a la integridad física, a la salud, a la intimidad personal y familiar y a recibir información veraz sobre los riesgos físicos y psíquicos que los tratamientos pueden conllevar.

Pero no sólo entran en juego los derechos de la mujer. También se pueden ver afectados, de manera especial y directa, los derechos de los nacidos mediante estas técnicas. Entre ellos, se pueden ver lesionados el derecho a la intimidad -de manera especial en lo relativo a los datos genéticos y a la forma de su concepción-; el derecho a obtener información acerca de los datos que de él se conserven en los centros de reproducción; el derecho a conocer sus orígenes biológicos y a que le sea facilitada información genética con fines preventivos o terapéuticos sobre sus progenitores, etc.

---

<sup>5</sup> Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: El derecho a la reproducción humana, Ed. Marcial Pons, Madrid 1994 y SOUTO PAZ, J. A.: Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado, Ed. Marcial Pons, Madrid 1999, 349 y 350.

<sup>6</sup> Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación, Ed. Civitas, Madrid 1999, 323.

<sup>7</sup> Según se establece en el Capítulo VII, apartado 7.3 del Informe final de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en el Cairo, los días 5 a 13 de septiembre de 1994, los denominados derechos reproductivos comprenderían: a) El derecho a decidir, libre y de forma responsable el número de hijos, el espaciamiento e intervalo entre los nacimientos y el derecho a disponer de la información necesaria para ello; b) El derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; c) y el derecho a adoptar decisiones en materia de reproducción sin sufrir discriminación, coacción o violencia alguna por ello. A/CONF.171/13, de 18 de octubre de 1994.

Por último, es evidente que también pueden resultar dañados los derechos de los donantes, bien sean de gametos o de embriones. En estos casos, los derechos más expuestos son el derecho a la intimidad y el derecho a obtener información veraz y previa a cualquier decisión que vaya seguida de una manifestación de consentimiento.

## 2. 1. LAS USUARIAS.

Es difícil negar el protagonismo de la mujer en todo lo relativo a las diversas técnicas de reproducción artificial. Las leyes españolas (tanto la Ley de 1988 como la reciente Ley del 2006) han hablado y hablan de “usuarias”, en *femenino*, y hasta se reconoce, al menos en España, la maternidad en solitario, haciendo uso para ello de la reproducción asistida. Los hombres, por el contrario, no son usuarios, ni destinatarios directos de la reproducción artificial y las posibilidades que legalmente tienen reconocidas en este ámbito distan notablemente de ser equiparables a las de la mujer. Ellos únicamente *encuentran su lugar* en la legislación sobre reproducción asistida como compañeros, esposos o donantes.

Pero el protagonismo de la mujer no es gratuito. No lo ha sido nunca a lo largo de la historia en ningún tema y no lo es en el marco de la biomedicina reproductiva. Las mujeres han sido y son protagonistas de las técnicas de reproducción pero también han sido y siguen siendo sus principales *víctimas*. Ellas soportan los gravosos tratamientos hormonales y de estimulación ovárica, y la *agresión*, en tanto que intervención quirúrgica, que supone la extracción de los óvulos para poder llevar a cabo la fecundación *in vitro*. Ellas sufren en sus cuerpos las posibles consecuencias y secuelas (si las hubiere) del tratamiento de fertilización. Y, en principio, puede haberlas: consecuencias físicas -el tratamiento hormonal deja secuelas *visibles* en el cuerpo de la mujer- y consecuencias psíquicas -que pueden aparecer cuando el proceso, pese a lo gravoso del mismo, resulta frustrado-.

Una muestra significativa de la veracidad de lo señalado se evidencia al observar el reforzamiento de las garantías de información que se han previsto en la nueva Ley de 2006 y que se pondrán a disposición de las usuarias<sup>8</sup>. Garantías que se encuentran recogidas en el artículo 22 y que hacen referencia a la constitución y creación del *Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida*.

La función principal de dicho registro será la de dar publicidad, con una periodicidad anual, de los datos relativos a las actividades que se lleven a cabo en los centros, también recogerá el número de técnicas reproductivas que se practiquen y los procedimientos autorizados en cada uno de ellos. Asimismo, se publicitarán las tasas de éxito obtenidas en cada centro, con cada técnica, y cualquier otro dato que se considere necesario para que las usuarias puedan valorar la calidad de la atención proporcionada en cada uno de los centros (art. 22.2). Como correlativo necesario a lo anterior, el artículo 23 de la Ley impone a los centros la obligación de facilitar al registro información precisa de sus actividades y de los resultados obtenidos.

---

<sup>8</sup> En este sentido, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su preámbulo señala: "(...) la realidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país no puede ser ajena a la consideración de que dichas técnicas se han desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado. De esa realidad se deriva que la intervención de los poderes públicos en este campo debe ir dirigida también a compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican, de manera que se garantice en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros. Uno de los mecanismos prioritarios para contribuir a la equidad de esa relación es la disponibilidad de un información accesible a los usuarios de las técnicas que sea clara y precisa sobre la actividad y los resultados de los centros y servicios que las practican. Esta necesidad se traduce en la Ley en el reforzamiento de los registros y otros mecanismos de información que deben constituirse, hasta el punto de considerar dicha información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas, de manera que se proporcionen a los ciudadanos que acuden a los centros los instrumentos adecuados de información que les permita ejercer con criterios sólidos su capacidad de decisión". B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006, 19948.

Es evidente que el establecimiento de un registro de actividades y resultados no es una cuestión baladí. Constituye una novedad respecto de la regulación de 1988 que, además, tiene importantes consecuencias. En los párrafos precedentes se aludía a las posibles secuelas psíquicas que pueden suceder a la realización del proceso reproductivo cuando el resultado no es el esperado. Dicha circunstancia, que no suele publicitarse excesivamente, quizá ha forzado el establecimiento de controles y la creación de una infraestructura que garantice la información y los derechos de quienes recurren a las técnicas reproductivas.

En este sentido, no es posible desconocer, dado el estadio actual del desarrollo biomédico y reproductivo, la existencia de fuertes intereses económicos que pueden enturbiar la información que se publicita a la opinión pública en general y que podrían, en el peor de los casos, lesionar los derechos de los usuarios de las técnicas.

Pese a los inconvenientes apuntados, en especial, los relativos al coste físico y psíquico que comportan las técnicas reproductivas, la doctrina se ha referido a la existencia de un derecho a la reproducción, como un derecho general pero de ejercicio *cuasi-exclusivo* de la mujer<sup>9</sup> y que se hace efectivo a través de la reproducción artificial. Mujeres y hombres son, en opinión de algunos autores, sujetos por igual del derecho a la reproducción pero sólo ellas, por razones biológicas evidentes, pueden ejercitarlo en solitario haciendo uso de las técnicas reproductivas<sup>10</sup>. Y ello será así *mientras la ciencia no lo remedie*.

---

<sup>9</sup> A este respecto, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., señala: "...el varón precisa, además, de la colaboración de una mujer para que lleve a término la gestación (...) Esta diferencia es, actualmente, esencial y configura el derecho de los hombres a reproducirse de manera distinta a su paralelo femenino. Si bien el derecho a la reproducción le corresponde por igual a hombres y mujeres, aquéllos pueden tener más dificultades para realizarlo por la necesidad de contar con un útero gestador". (Cit. en *El derecho a la reproducción humana*, op. cit., 69). Sobre las posiciones doctrinales mantenidas al respecto, vid. GARCÍA RUIZ, Y.: *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, op. cit., 250 a 254.

<sup>10</sup> En España, esta posibilidad se contemplaba ya en la Ley de 1988. El mismo preámbulo de la Ley señalaba, en este sentido: "En esta Ley se hace referencia a

Es decir, en tanto en cuanto no se fabrique un útero artificial que permita que los hombres puedan desarrollar su paternidad en solitario. Es decir, sin necesitar la colaboración gestante de una mujer. Mientras ese tiempo llega -porque, previsiblemente, llegará- las usuarias son, en exclusiva, las mujeres. Así, al menos, lo refleja la legislación al respecto. Ahora bien, ¿posibilitar la maternidad en solitario y no permitir dicha posibilidad respecto de la paternidad no supone, en definitiva, una quiebra del principio de igualdad<sup>11</sup>?

La respuesta a la pregunta formulada parece evidente. Sin embargo, en España, se considera nulo el contrato para convenir la gestación de una mujer que, con posterioridad, vaya a renunciar a la filiación materna a favor de la contratante o de un tercero (art. 10.1 tanto de la Ley de 1988 como de la Ley de 2006). Ello implica que, como se señalaba *ut supra*, las técnicas

---

dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan con el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas.

No obstante, 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". *B.O.E.* núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

<sup>11</sup> Vid. SUÁREZ PERTIERRA, G. y AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F.: "Artículo 14. Igualdad ante la Ley", en *Alzaga Villaamil, O. (Coord.) Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid 1997, 251 a 266 y CELADOR ANGÓN, O.: "Principio de igualdad y técnicas de relación entre ordenamientos", en *Escritos en honor de Javier Hervada*, Pamplona 1999, 999 a 1.008.

de reproducción asistida, al menos en España<sup>12</sup>, sólo tienen usuarias, en femenino.

En la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, la referencia a las usuarias de las técnicas se encuentra en el artículo 6, al igual que sucedía en la ley de 1988. En él, se establece que:

“1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”<sup>13</sup>.

El artículo referido presenta, en lo esencial, una redacción similar a la recogida en 1988. Esencial resulta, sin duda, la referencia a la mayoría de edad de la mujer y a su plena capacidad de obrar que, además, enlaza directamente con otro aspecto esencial cual es la necesaria manifestación del consentimiento informado<sup>14</sup> para ser receptora de las técnicas.

<sup>12</sup> La gestación por sustitución o maternidad subrogada no está prohibida en la legislación española pero sí se considera nulo el contrato que se realice con dicha finalidad. Además, se establece que la filiación de los nacidos por dicha práctica quedará determinada por el parto. No obstante, en otros países es posible contratar una madre de alquiler y, tras pagar una determinada cantidad, obtener un certificado médico que acredita que el hijo es de la pareja que contrató a la gestante. Esta práctica es posible, por ejemplo, en los Estados Unidos. En relación con esta cuestión, vid. ATIENZA, M.: “Reproducción humana asistida: sobre la nueva Ley”, en *Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2006, nº 9, 13-14.

<sup>13</sup> B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006, 19950.

<sup>14</sup> El tránsito vivido en el ámbito de la actuación médica desde el tradicional paternalismo médico al reconocimiento de la autonomía del paciente, como principio básico y rector que es de la medicina en la actualidad, se articula en torno a la construcción del denominado *consentimiento informado* que supone, por un lado, una garantía de la autonomía y de la libertad del paciente en la adopción de decisiones sobre su salud y, por otro, una esfera de inmunidad del médico frente a la posibilidad de que el paciente emprenda acciones legales en determinados supuestos. En relación con el consentimiento informado, entre otros, vid. JIMENA QUESADA, L.: “La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida”, en *La salud: intimidad y libertades informativas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, 41 a 82; SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F.: *Derechos Y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica*,

Dicho consentimiento se exigía que fuera y se exige que sea: *libre, consciente, expreso y por escrito*.

Pero la Ley de 2006 ha introducido un matiz respecto de la redacción de 1988. Dos cuestiones puntualizan el acceso a las técnicas de la mujer: por un lado, se reconoce la posibilidad de que recurran a ellas al margen de su *estado civil* y, por otro, se les posibilita explícitamente el acceso a las mismas independientemente de su *orientación sexual*.

La referencia al *estado civil* de la mujer es novedosa únicamente en su expresión literal. La Ley de 1988 señalaba como posible usuaria de las técnicas a “toda mujer” y tan sólo aludía a su estado civil para hacer referencia al hecho de que, “si estuviere casada”, se precisaría el consentimiento del marido, a menos que estuviesen separados legalmente o de hecho y que así constara fehacientemente.

En puridad, la Ley de 2006 no introduce novedad alguna en este aspecto. La mujer sin pareja<sup>15</sup> -soltera, divorciada o viuda, si nos atenemos al estado civil- y la casada podían en 1988 y pueden hoy ser usuarias de las técnicas de reproducción asistida en España. Su estado civil sólo era, en 1988, y es, en 2006, relevante en los supuestos en los que esté casada y, fundamentalmente, a efectos de consentimiento y de determinación de la paternidad.

El segundo inciso que ha añadido la Ley de 2006 sí resulta novedoso. La ley de 1988 no aludía a la *orientación sexual* al hacer referencia a las usuarias de las técnicas. La cuestión es: ¿qué motivo ha llevado al legislador a introducir esta precisión?

---

*intimidad e instrucciones previas*, Ed. Comares, Granada 2003; GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid 2001.

<sup>15</sup> Al respecto, vid. JORDÁN VILLACAMPA, M. L.: “Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos”, *XXI Jornadas de la Asociación española de canonistas*, Salamanca 2002, 131 a 138.

Es posible que la intención responda a razones de técnica legislativa y que el propósito fuera el de armonizar la nueva Ley de reproducción asistida con la reciente reforma del Código Civil en materia de matrimonio<sup>16</sup>. Pero establecer que la mujer puede ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida con independencia de su orientación sexual no armoniza nada, ni añade nada respecto de lo regulado en la Ley de reproducción asistida de 1988. Si *toda mujer* puede ser usuaria de las técnicas, como se decía en el artículo 6 de la Ley de 1988 y se dice también en el artículo 6 de la Ley de 2006, ello incluye *todas las orientaciones sexuales*. Además, ¿acaso se le ha preguntado alguna vez a una mujer en una clínica de reproducción su orientación sexual de forma previa a la realización de una práctica reproductiva? Porque, de ser afirmativa la respuesta a esta pregunta, estaríamos ante una intromisión en la intimidad que podría suponer una discriminación por razón de sexo.

La redacción de la Ley de 1988 ya posibilitaba que toda mujer, al margen de su orientación sexual, pudiera recurrir a la reproducción asistida. El matiz que ha introducido la Ley de 2006 resulta -a nuestro juicio- innecesario. No aporta nada, tan sólo le añade al texto legal una resonancia de oportunidad política tras la que subyace, con toda probabilidad, un propósito loable de armonización jurídica. Sin embargo, dicho propósito no se ha visto reflejado en otros aspectos regulados en la Ley que son más relevantes, que afectan también a la reciente reforma del Código Civil en materia de matrimonio y que inciden en los conceptos de maternidad y paternidad que se analizarán más adelante.

---

<sup>16</sup> En relación con esta cuestión, vid. MURILLO MUÑOZ, M.: Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005, de modificación del Código Civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 5, vol. I, diciembre 2005, 261 a 315; POLO SABAU, J. R.: *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*, Ed. Civitas, Madrid 2005.

## 2. 2. LOS HIJOS.

Los derechos de los hijos nacidos mediante reproducción asistida constituyen, al igual que en el supuesto de las usuarias de las técnicas, uno de los ámbitos de la reproducción asistida menos publicitado, si lo comparamos con la cuestión relativa a la investigación con embriones, pero no por ello menos controvertido. La posible colisión de los derechos de los hijos con los derechos de los progenitores y, en su caso, de los donantes es uno de los temas que puede propiciar que surjan tensiones y conflictos. Sin embargo, también existe la posibilidad de que sea el personal médico y sanitario de los centros de reproducción el que vulnere los derechos de los hijos. En este sentido, un espacio especialmente sensible es el relativo al derecho a la intimidad, en particular, respecto de la confidencialidad de los datos relacionados con la salud<sup>17</sup>.

No obstante, en relación con los hijos nacidos por reproducción asistida, la temática que genera mayor tensión radica en la privación de información relacionada con sus orígenes biológicos. Dicha cuestión resulta especialmente problemática cuando en el proceso reproductivo han intervenido donantes<sup>18</sup>.

La ley de 1988, en su artículo 5.5, protegía explícitamente el anonimato de los donantes<sup>19</sup>. Es cierto, sin embargo, que los hijos en circunstancias que pudieran comportar peligro para su

---

<sup>17</sup> El derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales que se encuentra más expuesto a posibles vulneraciones en el ámbito de la salud. Por ello, su protección ha trascendido con creces el ámbito de los ordenamientos jurídicos nacionales. En relación con esta temática, vid. SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: "El régimen jurídico europeo aplicable a la confidencialidad de los datos relativos a la salud de las personas", en *La salud: intimidad y libertades informativas*, op. cit., 209 a 242.

<sup>18</sup> Sobre el anonimato del donante y la discusión en torno a su posible inconstitucionalidad, vid. FÁBREGA RUIZ, C. F.: *Biología y filiación. Aproximación al estudio de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Ed. Comares, Granada 1999, 94 a 103.

<sup>19</sup> Vid. *B.O.E.* núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, 33375.

vida podían solicitar información sobre el donante, pero como posibilidad excepcional. Ello suponía, en definitiva, la negación del derecho a conocer la filiación biológica y la protección del derecho a la intimidad de los donantes, a través de su anonimato.

La reforma del año 2003 no abordó esta cuestión dado que surgió con una finalidad muy concreta: se ciñó, de manera exclusiva, a intentar resolver -con mayor o menor acierto- la cuestión relativa al destino de los embriones sobrantes de la fecundación *in vitro* que permanecían crioconservados en los centros de reproducción y que, por entonces, se contaban por decenas de miles.

A diferencia de la Ley del 2003, la reforma de 2006 ha supuesto una modificación mucho más ambiciosa. Se ha presentado ante la opinión pública y ante los especialistas como una actualización, como una *puesta al día*, de la regulación jurídica respecto de los avances científicos que se habían desarrollado en los últimos años. Era, por consiguiente, la oportunidad de revisar la regulación de 1988, en su totalidad, con la experiencia que ofrecían los casi veinte años transcurridos desde entonces. Sin embargo, algunas cuestiones han permanecido inalteradas pese a que, en aplicación de una buena lógica jurídica, requerían modificaciones de hondo calado.

El derecho de los hijos a conocer su origen biológico es uno de los temas que ha permanecido inmutable en la nueva regulación. El artículo 5.5 de la Ley de 2006 mantiene, en efecto, el anonimato de los donantes en los mismos términos que la Ley de 1988. Es decir, el anonimato del donante queda explícitamente reconocido y únicamente cederá a favor de los hijos en supuestos excepcionales y ante circunstancias extraordinarias que “(...) comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales”<sup>20</sup>.

Es indiscutible que el tema nos sitúa en un espacio de tensión y también de fuertes intereses. No conviene olvidar el

---

<sup>20</sup> B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006, 19949.

considerable descenso de las donaciones de gametos que se produjo en Suecia<sup>21</sup> inmediatamente después de aprobarse la ley sobre inseminación artificial de 1984, puesto que el art. 4<sup>22</sup> reconocía el derecho de los hijos a solicitar la información que quedara registrada en los centros de reproducción asistida sobre los donantes. Dicha información, obviamente, permitía conocer la identidad del donante aunque no implicaba la asunción por aquél de responsabilidades paterno-filiales.

El descenso de las donaciones es quizá uno de los motivos que ha influido en la regulación de esta temática en Europa<sup>23</sup>. Una regulación que ha tendido mayoritariamente a garantizar el anonimato de las donaciones con el objeto de favorecerlas. No obstante, la tendencia tradicional de proteger la intimidad de los donantes parece estar sufriendo una crisis importante si nos atenemos a las últimas modificaciones legislativas en Europa.

El quiebro legislativo en esta temática se produjo inicialmente en los Países Bajos donde, desde el 1 de enero de 2004, se encuentra en vigor una nueva Ley sobre datos del donante en la fecundación artificial<sup>24</sup> que posibilita, a los hijos nacidos mediante reproducción asistida, el acceso, no sólo a los

---

<sup>21</sup> Vid. LEMA AÑÓN, C.: “El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución”, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Ed. Trotta, Madrid 2001, 39.

<sup>22</sup> Vid. Ley (1984:1140) sobre inseminación artificial. *Boletín Oficial del Estado Sueco*, de 22 de diciembre de 1985.

<sup>23</sup> Sobre la regulación de las donaciones de gametos en el derecho nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, vid. GARCÍA RUIZ, Y.: *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Ed. Comares, Granada 2004, 82 a 146.

<sup>24</sup> La Ley de los Países Bajos sobre normas de conservación, gestión y facilitación de datos de donantes en la fecundación artificial, de 25 de abril de 2002, está en vigor desde el 1 de enero de 2004. Vid. *Boletín Oficial del Reino de los Países Bajos*, n. 240, de 25 de abril de 2002.

datos físicos y médicos del donante, sino también a su identidad<sup>25</sup>.

Esta opción, favorable a la revelación de la identidad y de determinados datos del donante, ha sido también la adoptada en el Reino Unido, tras una reciente modificación legislativa. Allí, la reproducción artificial se reguló en la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología<sup>26</sup> de 1990, la cual contemplaba la cuestión relativa a la información sobre los donantes en su artículo 31. Dicho artículo permitía que los hijos, a la edad de 18 años, pudieran solicitar algún tipo de información acerca de los donantes. No obstante, la posibilidad quedaba prevista de manera excepcional y no con el objeto de garantizar el derecho de los hijos a conocer su filiación biológica sino con el fin de evitar que pudieran contraer matrimonio personas que estuvieran unidas por un vínculo estrecho de parentesco. Fundamentalmente, se pensaba en la posibilidad de que dos hermanos nacidos de un mismo donante pudieran contraer matrimonio.

Sin embargo, el 1 de julio de 2004, entró en vigor una nueva Ley en el Reino Unido que ha modificado esta temática y que prevé abiertamente la revelación de información y de la identidad de los donantes en el ámbito de la reproducción asistida<sup>27</sup>. La nueva norma posibilita que los hijos tengan acceso a todo tipo de información sobre los donantes: sobre sus características físicas, raciales, sobre su historial clínico, también podrán solicitar información sobre la posible descendencia del donante, incluso, sobre su religión. No obstante, la información

---

<sup>25</sup> Un análisis sobre la Ley holandesa que regula las normas de conservación, gestión y facilitación de datos de donantes en la fecundación artificial, de 25 de abril de 2002, en GARCÍA RUIZ, Y.: "Países Bajos. Novedades legislativas sobre derechos y libertades fundamentales en su dimensión individual y colectiva", en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 4, diciembre 2004, 421 a 426.

<sup>26</sup> Vid. *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, Chapter 37, Printed in the United Kingdom by Paul Freeman, 1 a 39.

<sup>27</sup> Vid. *The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*, en

<http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2004/20041511.htm>

que permite identificar al donante como, por ejemplo, el nombre, los apellidos y su última dirección conocida sólo se podrá facilitar si el donante ha suministrado dicha información con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma legislativa. En este sentido, la propia Ley establece una fecha: el 1 de abril de 2005, con el objeto de impedir su aplicación retroactiva.

La Ley española de 2006 ha optado, sin embargo, por no modificar en este aspecto la regulación que permanece, en consecuencia, tal y como se concibió en 1988. Suecia, los Países Bajos y el Reino Unido, según lo referido, han optado por reconocer el derecho de los hijos a tener información sobre sus orígenes biológicos, al margen de las consecuencias que ello pudiera comportar en relación con el descenso de las donaciones. En este sentido, también en los Estados Unidos, se han alzado voces que han demandado la modificación de la tradicional confidencialidad de las donaciones en pro de una mayor transparencia que posibilite a los hijos tener acceso a los datos relativos a sus orígenes biológicos. La iniciativa, en este caso, ha partido de un colectivo de mujeres que han creado un portal en la red denominado “Donor Sibling Registry”<sup>28</sup> con el propósito de que sus hijos, nacidos por reproducción asistida y con intervención de donantes, conozcan no sólo a los donantes sino también a sus posibles hermanos. En definitiva, con el objeto de que tengan conocimiento de su herencia genética.

### **2. 3. LOS DONANTES.**

La regulación sobre los donantes y sobre el contrato de donación se encuentra recogida, al igual que en el texto legal de 1988, en el artículo 5 de la Ley de 2006. El apartado primero de dicho artículo establece, en su redacción actual, que la donación será un contrato gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro. La única variación que se aprecia, al comparar ambos

---

<sup>28</sup> Vid. <http://www.donor-siblingregistry.com>

textos legales, es la relativa al término *confidencial*, puesto que la Ley de 1988 señalaba que el contrato sería *secreto*. En esencia, el propósito es el mismo pero parece más correcto el término *confidencial*. Y ello porque la confidencialidad se relaciona con el hecho de que la donación sea anónima. Es decir, la identidad del donante no se revelará, porque el donante será *anónimo*, lo cual supone que sus datos e identidad permanecerán en los bancos de gametos y en el registro de donantes como una información, no secreta, pero sí *confidencial*.

Al margen de matices terminológicos, en relación con los donantes, una de las cuestiones que ha merecido un tratamiento más específico en la reforma del 2006 es la relativa a la gratuidad de las donaciones. Dicho aspecto, junto con el tema del anonimato, es uno de los más controvertidos.

La donación, en el ámbito de la reproducción asistida, se ha comprendido, desde la ley de 1988, en su concepción jurídica más pura. Es decir, alejada de cualquier contraprestación económica que pudiera suponer un incentivo. No obstante, en algunos supuestos, la realidad ha puesto en cuestión dicho planteamiento teórico y, por ende, la propia regulación jurídica de la cuestión.

“La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”, así rezaba el apartado tercero del artículo 5 de la Ley de 1988, expresión que se mantiene en su literalidad en el artículo 5.3 de la Ley de 2006 aunque seguido de una redacción aclaratoria que, con seguridad, pretende salir al paso de las informaciones críticas que en este sentido se han vertido en torno a las donaciones de gametos<sup>29</sup>.

No es infrecuente encontrar en los tablones de los centros universitarios españoles carteles que demandan donantes de gametos. Los jóvenes universitarios son, a priori, donantes potenciales de interés: son jóvenes, intelectualmente válidos -al menos, presumiblemente, dada su condición de universitarios- y,

---

<sup>29</sup> Vid. “Óvulos a 2000 euros”, en *El país*, de 30 de julio de 2006, 35.

en teoría, sanos. El interés de los centros es claro pero ¿cuál puede ser el interés que mueve a los donantes? En el supuesto de las donaciones de gametos masculinos, la contraprestación que tradicionalmente se ofrece, a modo de compensación por los gastos -por ejemplo de desplazamiento- no va más allá de los treinta o cuarenta euros, aproximadamente, pero la donación de gametos femeninos es una cuestión muy distinta. El óvulo es *un bien escaso*, su obtención comporta, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de los gametos masculinos, una intervención sobre el cuerpo de la mujer. Por consiguiente, la donación de óvulos lleva aparejada una “compensación” -que no “contraprestación”- que puede oscilar entre seiscientos y mil euros. Es evidente que dicha cantidad puede resultar tentadora para determinados colectivos económicamente desfavorecidos.

Probablemente, esta realidad es la que ha motivado la redacción del artículo 5.3 de la Ley de 2006. En él, se establece que:

“(…) La compensación económica resarcitoria (sic) que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos”<sup>30</sup>.

El legislador ha mostrado, de este modo, su preocupación por una cuestión de importancia que puede afectar, además, a las clases menos favorecidas de la sociedad. No obstante, la práctica habitual de los centros permanecerá previsiblemente inalterada. Es decir, se compensará económicamente a los donantes y las donantes de óvulos recibirán, con toda probabilidad, una “compensación” económica tentadora para determinadas economías. De lo contrario, ¿quién se sometería al gravoso

---

<sup>30</sup> B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006, 19949.

procedimiento de extracción de óvulos con la única finalidad de donarlos?

*Prohibir cualquier tipo de compensación*, puesto que se trata de una donación, hubiera sido lo deseable al acometer la reforma de la legislación en materia de reproducción asistida. Además, dicha prohibición hubiera estado en concordancia con el artículo 26.7 de la Ley que considera, como infracción grave, “La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de los centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos...”<sup>31</sup>. Tras dicha infracción, se encuentra, la intención de proteger y garantizar la dignidad humana, cuyo respeto impide *mercadear* con cualquier parte del cuerpo humano, de sus células y tejidos. Sin embargo, la compensación económica existe y se encuentra, además, prevista por la Ley. Al respecto, no es posible desconocer que si se estableciera una prohibición tajante respecto de cualquier tipo de compensación ello supondría un descenso notable en las donaciones, sobre todo de óvulos.

La cuestión que se suscita se asemeja a la problemática del anonimato que también se mantiene para evitar el descenso de las donaciones. En definitiva, garantizar la donación pasa por el mantenimiento de la compensación económica de los donantes y por el reconocimiento de su anonimato. Ahora bien, ¿a qué intereses está respondiendo la legislación? Obviamente, no se piensa en los posibles derechos de las personas (piénsese en el derecho a conocer los orígenes biológicos de los hijos o en la dignidad de los donantes que se pone en cuestión si hay personas que, por motivos económicos, se plantean la donación). Por el contrario, la motivación de la ley, en este aspecto, parece hallar su fundamento en el mantenimiento del *-permítaseme la licencia-mercado reproductivo*.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, 19954.

### 3. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DERECHO DE FAMILIA.

Si hubiera que hacer referencia al ámbito del ordenamiento jurídico que ha recibido un impacto mayor por el surgimiento de las técnicas reproductivas, habría que mencionar, necesariamente, el Derecho de familia<sup>32</sup>. La máxima latina *mater sempre certa est* se quiebra al imaginar supuestos, tan complejos como posibles, en los cuales una mujer podría ser la madre que aporta el óvulo y, por tanto, la dotación genética, otra la madre legal y una tercera la madre gestante. Conceptos tan antiguos como la maternidad, la paternidad y la filiación se han visto forzosamente revisados para proceder a su acomodación a los *nuevos tiempos reproductivos*.

La Ley española sobre reproducción asistida de 2006 aborda estas cuestiones intentando insertar las prácticas reproductivas en el entramado jurídico del Derecho de familia vigente en España. Sin embargo, no en todos los supuestos ha conseguido respetar las exigencias que conlleva la construcción de un sistema normativo. En algunos aspectos, la nueva ley adopta disposiciones que chocan con la regulación matrimonial vigente. En otros, por el contrario, ha conseguido dar respuesta a problemas que se habían suscitado a lo largo de los años transcurridos desde la promulgación de la Ley de 1988.

#### 3. 1. LA MATERNIDAD.

La maternidad, en nuestro ordenamiento jurídico, viene determinada por el parto. Ello supone que jurídicamente siempre será considerada madre la gestante, es decir, la mujer que alumbró al hijo. Es evidente que los supuestos a los que puede dar lugar la reproducción asistida, en este sentido, son muy variados. Hasta tres mujeres podrían intervenir en la concepción y gestación de un niño. Sin embargo, la maternidad subrogada no

---

<sup>32</sup> Vid. DOMINGO GUTIERREZ, M.: Las técnicas procreativas y el derecho de familia: incidencia de la reproducción asistida en el matrimonio canónico, Ed. Civitas, Madrid 2002.

ha sido nunca una práctica reproductiva regulada jurídicamente en España, ni en la Ley de 1988 ni en la actual reforma de 2006.

Al respecto, conviene matizar que la práctica en si misma (es decir, la gestación a cargo de otra mujer distinta de la que recurre a las técnicas) no ha estado ni está prohibida. Las Leyes españolas se han limitado a declarar nulo de pleno derecho el contrato mediante el cual se pacta la gestación de una mujer con el fin de que renuncie, tras el parto, a la filiación materna.

Así las cosas, la práctica es posible, al no encontrarse explícitamente prohibida en la Ley, pero, obviamente, la aspiración de quienes necesitaran recurrir a esta técnica no se vería cumplida a tenor de su regulación en España. En todo caso, la maternidad vendrá determinada por el parto, ignorando lo pactado. El artículo 10.2 de la Ley de 2006 es muy claro, en este sentido: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Del texto no se infiere la prohibición de la técnica, más bien al contrario, previendo que se pudiera realizar, se establece claramente la determinación legal de la maternidad.

¿Qué razones han podido llevar al legislador a no alterar esta regulación en la Ley de 2006? ¿Resulta acaso éticamente más reprobable pactar la gestación de un hijo por otra mujer que la posibilidad -permitida en la Ley- de donar los propios embriones, cuando resultan sobrantes de la fecundación *in vitro*, a otras parejas o, incluso, donar los gametos para que sean utilizados en la reproducción de otras personas?

Además, el recurso a esta práctica es factible una vez que se atraviesan nuestras fronteras. En Estados Unidos, por ejemplo, la práctica está permitida y es posible realizar un contrato con el objeto de pactar la gestación por sustitución. Tras el parto, únicamente resultaría necesario un certificado médico que determinara como madre a la mujer que pactó la gestación por sustitución. De este modo, una vez en España, el hijo podría registrarse civilmente como hijo de quienes recurrieron a esta

técnica para ser padres sin que quedara constancia alguna de su nacimiento ni de su proceso de gestación.

Esta posibilidad, que es real, pone de manifiesto uno de los verdaderos problemas que presenta la revolución reproductiva. La diversidad legislativa existente en estos temas a nivel mundial difumina los límites que se imponen en el marco estatal. No hay límites reales si aquellos no cuentan con un refrendo de carácter internacional. La realidad legislativa es notablemente diversa incluso en nuestro entorno cultural. Lo que resulta prohibido en Italia se permite en España<sup>33</sup> y lo que no se permite en España resulta factible en los Estados Unidos.

Por consiguiente y retomando las cuestiones que se planteaban con anterioridad, ¿qué motivación puede sustentar el mantenimiento de la nulidad del contrato de gestación por sustitución en la Ley de 2006? La única razón que puede haber inclinado la balanza en favor de la nulidad de dicho contrato atiende, a nuestro juicio, a razones de índole emocional. El vínculo afectivo que se genera naturalmente entre la madre y el hijo -la reproducción se podrá considerar artificial, al no haber existido relación sexual, pero la gestación es siempre natural- se encuentra en la base de muchas de las demandas que esta práctica ha propiciado. Demandas de quienes pactaron la gestación que se dirigen contra las mujeres gestantes. Y ello porque aquéllas, llegado el momento de cumplir el contrato, se niegan a entregar al hijo. En este sentido, la jurisprudencia norteamericana resulta ilustrativa<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Italia, por ejemplo, tras diversos proyectos legislativos frustrados, aprobó, en febrero de 2004, una Ley sobre reproducción artificial que prohíbe expresamente, en su artículo 4.3, la intervención de donantes en el proceso reproductivo. Ello ha provocado que un buen número de parejas italianas que necesitaban donantes de gametos visitarán España. Es el denominado "turismo reproductivo". Vid. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. *Gaceta Ufficiale* n. 45, de 24 de febrero de 2004.

<sup>34</sup> Vid. SILVA-RUIZ, P. F.: "Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos, en *La filiación a finales del siglo*

Tal vez, la razón que sustenta la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España sea la apuntada. Sin embargo, el legislador español no ha temido las potenciales reacciones a otros posibles conflictos jurídicos. Por ejemplo, el que pudieran plantear, en el futuro, los hijos nacidos por reproducción asistida que consideren que han sido discriminados, por razón de su concepción, al no tener acceso a los datos relativos a su filiación biológica.

La gestación por sustitución, además, posibilitaría el recurso de los hombres en solitario a la reproducción asistida para ser padres. De este modo, se respetaría el principio de igualdad que se encuentra quebrado en la actualidad al permitirse la reproducción asistida en solitario únicamente en el caso de la mujer. No se trata, pese a lo señalado, de realizar aquí una defensa a ultranza de la maternidad subrogada pero sí de reclamar al legislador que mida las consecuencias de determinadas políticas legislativas porque lo que no es posible es legislar al margen de los principios que deben inspirar la legislación por mandato constitucional.

### 3. 2. LA PATERNIDAD.

La cuestión relativa a la determinación de la paternidad también presenta algunos supuestos complejos en relación con las técnicas reproductivas. Especialmente sensibles son aquellos en los que interviene un donante y los supuestos de fecundación *post mortem*.

Por lo que respecta a la determinación de la paternidad cuando intervienen donantes, el artículo 8.1 de la Ley del 2006 establece una regulación muy similar, en su redacción, a la contenida en el mismo artículo de la Ley de 1988. En concreto, en el texto de la nueva Ley se señala que:

---

*XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Departamento de Derecho Privado, Universidad del País Vasco, Ed. Trivium, Madrid 1988, 85 a 97.*

“Ni la mujer progenitora *ni el marido*, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”<sup>35</sup>.

Es evidente que el legislador está pensando en una pareja matrimonial de carácter heterosexual. Sin embargo, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>36</sup> permitió el matrimonio de personas del mismo sexo y es muy posible que, en los matrimonios formados por dos mujeres, se recurra a la reproducción asistida para la procreación. En estos casos, la mujer gestante, es decir, la que dará a luz al hijo, será registrada civilmente como “madre”, la cuestión es ¿qué papel desempeña la otra mujer?

La Ley de 2006 establece, tal y como se ha señalado, que el marido (matrimonio heterosexual, por tanto) debe prestar el consentimiento cuando interviene un donante (imaginemos, por ejemplo, un donante de gametos masculinos). De este modo y pese a no ser el padre biológico, al prestar el consentimiento, la paternidad legal del esposo queda determinada. Por el contrario, cuando el matrimonio está formado por dos mujeres, únicamente es necesario recabar el consentimiento de la mujer que va a ser inseminada. Ella gestará, parirá y será madre. Su cónyuge, sin embargo, no habrá prestado consentimiento alguno respecto de la inseminación y, por consiguiente, su figura no tiene relevancia jurídica en la determinación legal de la paternidad del futuro hijo. Subsanan esta situación tan sólo es posible acudiendo, con posterioridad, a un proceso de adopción.

Esta problemática se ha suscitado ya en nuestro país. La prensa daba noticia recientemente de un caso como el planteado<sup>37</sup>. El supuesto denunciaba el trato discriminatorio que reciben, en

<sup>35</sup> Vid. *B.O.E.* núm. 126, de 27 de mayo de 2006, 19950. La cursiva es nuestra.

<sup>36</sup> Vid. *B.O.E.* núm. 157, de 2 de julio de 2005, 23632 a 23634.

<sup>37</sup> Vid. “Si eres hombre, padre; si eres mujer, a adoptar”, en *El País*, de 17 de octubre de 2006.

este sentido, los matrimonios formados por personas del mismo sexo. Al respecto, además, comentaba una resolución reciente de la juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Algeciras que, con el ánimo de salvar dicha discriminación, había resuelto a favor de la inscripción en el Registro Civil, como madre 1 y madre 2, de dos mujeres casadas, una de las cuales se había inseminado artificialmente y había dado a luz un bebé.

El gobierno, ante la denuncia de esta situación en los medios de comunicación, ha salido al paso de la noticia anunciando su intención de revisar en este aspecto la Ley sobre reproducción asistida de 2006. La cuestión, sin embargo, pone de manifiesto, de nuevo, la ausencia de una adecuada técnica legislativa e impone demandar al legislador que responda adecuadamente a la necesidad de construir un sistema jurídico con coherencia interna.

Otra cuestión controvertida, relacionada con la paternidad y que también ha planteado conflictos en su aplicación práctica es la relativa a los casos de fecundación *post mortem*. Dicha regulación se recoge en el artículo 9 de la Ley de 2006 y establece alguna diferencia significativa respecto de lo dispuesto en la Ley de 1988.

Como regla general, la nueva norma, en el apartado primero del artículo 9, señala que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse relación jurídica alguna entre el hijo nacido por reproducción asistida y el marido fallecido si el material reproductor de éste no se halla en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

La regla general cede, sin embargo, si el esposo (o compañero -art. 9.3-) manifiesta su consentimiento a que se lleve a cabo la reproducción asistida después de su fallecimiento. Esta manifestación de voluntad puede recogerse en el documento mediante el cual el marido -o compañero- consiente la práctica de la reproducción asistida en su esposa -o compañera-, también puede manifestarse en el testamento o en un documento de instrucciones previas. La Ley de 1988 establecía, en este sentido,

una regulación similar. Además, en el supuesto de que el varón hubiera prestado el consentimiento a la fecundación *post mortem*, fijaba un plazo de seis meses tras el fallecimiento para llevarla a efecto. La Ley de 2006 ha aumentado el plazo y permite que la reproducción asistida se practique hasta doce meses después de la muerte del varón. En todo caso, lo relevante es que ambas leyes reconocen que dicha concepción producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Al margen de la diferencia temporal señalada, la Ley actual ha introducido un aspecto nuevo en relación con la posibilidad de que el esposo manifieste por escrito su consentimiento para la realización de la reproducción asistida después de su fallecimiento. En concreto, el artículo 9.2, en su segundo párrafo, dispone que:

“Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”<sup>38</sup>.

De este modo, si la pareja se hallara inserta en un programa de reproducción asistida en el momento del fallecimiento del varón se presume otorgado su consentimiento pero, únicamente, respecto de la implantación en el útero de la mujer de los *embriones constituidos con anterioridad a su fallecimiento*. Es decir, que si el proceso reproductivo ya se ha iniciado y el centro de reproducción dispone de óvulos de la esposa y de espermatozoides del esposo, en caso de fallecimiento de éste, no se presume su consentimiento respecto de los gametos para proceder a generación de embriones y a su posterior implantación.

La distinción entre preembriones -denominación utilizada en las sucesivas Leyes españolas- y gametos, en este aspecto, no responde a ningún criterio que se encuentre establecido explícitamente en la Ley. Los denominados preembriones se

---

<sup>38</sup> B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006, 19950.

pueden utilizar con fines de investigación -siempre que se cuente con el consentimiento de sus progenitores- y no parece que disfruten de un estatuto jurídico superior al de los gametos si nos atenemos a la regulación jurídica española en este aspecto. En este sentido, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modificó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, posibilitó, por primera vez en España, que se pudiera investigar con los embriones sobrantes de las prácticas de fecundación *in vitro*<sup>39</sup>.

No existe, por consiguiente, una razón jurídica que impida seguir con el proceso de reproducción asistida una vez fallecido el esposo ni que se presuma su consentimiento si aportó su material genético con anterioridad al fallecimiento. Por el contrario, si se impide esta práctica y se posibilita en el supuesto de que se hubieran generado ya los preembriones, parece que se está otorgando un estatuto jurídico prevalente al preembrión del que no disfruta en realidad. Ello muestra, en definitiva, una cierta ausencia de coherencia interna.

### 3. 3. LA RELACIÓN FRATERNA.

Por último, la Ley de 2006 ha introducido una posibilidad, no tanto reproductiva cuanto terapéutica, muy controvertida, que no estaba prevista en la Ley de 1988 y que afecta a las relaciones de familia. El diagnóstico preimplantacional con fines terapéuticos para terceros permite, bajo determinados controles, la selección de embriones con el fin de que el hijo actúe como donante de un hermano ya nacido y que está enfermo. Es evidente que dicha práctica generará un estrecho vínculo y una especial relación fraterna entre el hermano sano y el hermano enfermo. Sin embargo, su reconocimiento legal ha suscitado algunos interrogantes jurídicos y también éticos.

El Diagnóstico preimplantacional se encontraba previsto en el artículo 12.1 de la Ley de 1988. El recurso a esta práctica venía

---

<sup>39</sup> B.O.E. núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

determinado, fundamentalmente, por la intención de seleccionar embriones sanos en los supuestos de personas que pudieran transmitir graves enfermedades hereditarias a la descendencia.

Por el contrario, la regulación actual, contenida en la Ley de 2006, posibilita, si así lo autoriza la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que los embriones se seleccionen antes de su implantación, con el objeto de que sean compatibles con un hermano enfermo y puedan actuar como donante.

Posibilitar el nacimiento de un hijo con el objeto de que pueda ser un donante idóneo para un hermano plantea interrogantes éticos que no es posible desconocer. Uno de ellos afecta al consentimiento que rige la práctica biomédica actual, como manifestación del principio de autonomía del paciente.

En estos supuestos, los padres, como representantes legales de los menores, tendrán que consentir no sólo la intervención sobre el hijo enfermo sino sobre el hijo donante (imaginemos una donación de médula ósea). Estamos, por consiguiente, en el ámbito jurídico del consentimiento por representación<sup>40</sup>. La cuestión que se plantea es la siguiente: es imprescindible que al consentir una intervención médica, como representante legal de otra persona, se actúe *en su beneficio directo*<sup>41</sup>. Es decir, que la intervención médica, que suele conllevar un cierto riesgo, por pequeño que sea, se acepta, se consiente, porque redundará en beneficio de aquél sobre el cual se interviene. Dicha premisa es

<sup>40</sup> Vid. TARODO SORIA, S.: *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao 2005, 318 a 323.

<sup>41</sup> En este sentido, el artículo 6.1 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina establece que: "(...) sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento *cuando redunde en su beneficio directo*". En la misma línea, el artículo 9.5 de la Ley sobre la autonomía del paciente dispone: "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, *siempre en favor del paciente* y con respeto a su dignidad personal (...)". Vid. B.O.E. núm. 251, de 20 de octubre de 1999 y B.O.E. núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, respectivamente.

evidente que se quiebra en el caso de los hijos concebidos para ser donantes compatibles con sus hermanos.

La intervención médica sobre el hijo donante será consentida por sus padres, que prestarán el consentimiento por sustitución, pero dicha intervención no será en favor aquél sobre el cual se interviene. Será en favor de un tercero: el hermano enfermo.

Conviene matizar que no se plantearía este problema en el caso de utilizar, para la curación del hijo enfermo, células del cordón umbilical del hermano. La problemática se suscita significativamente cuando se consiente la intervención sobre un menor que no tiene capacidad para consentir y dicha intervención se lleva a cabo en beneficio de un tercero.

Estamos, evidentemente, ante una temática que se incluye como excepción a la prestación del consentimiento por sustitución en el artículo 20.2 del Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa, de 4 de abril de 1997. Allí se establece que:

“(…) De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para prestar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

(…)

ii si el receptor es el hermano o hermana del donante (…)”.

Sin embargo, no es posible desconocer que asumir excepciones en este ámbito puede comportar riesgos de envergadura. Aceptar que alguien pueda representar legalmente a otro y consentir sobre él una intervención que le puede causar un perjuicio y que redunde en beneficio de un tercero es una opción legislativa que no está exenta de peligros.

#### **4. REFLEXIÓN FINAL.**

En resumen, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida ha respondido a la principal demanda

social, científica, jurídica y ética que se había planteado sobre la regulación de estos temas, esto es, ha ampliado las posibilidades de investigación sobre los preembriones sobrantes de la fecundación *in vitro* y ha ofrecido cobertura legal a nuevas prácticas terapéuticas. De este modo, su promulgación ha supuesto un *aggiornamento* en materia de investigación. Es decir, ha actualizado la legislación a los nuevos tiempos en función de los descubrimientos, atendiendo, principalmente, a la demanda de los científicos. Sin embargo, ha olvidado las cuestiones más controvertidas que se plantean en el ámbito estricto de las técnicas de reproducción.

La regulación jurídica contenida en la Ley sobre los conceptos de maternidad, paternidad y filiación ha permanecido al margen de los cambios de política legislativa que se están adoptando últimamente en el ámbito europeo y de las recientes modificaciones legislativas en el Derecho de familia español. Esto último muestra una carencia significativa de técnica legislativa y de coherencia interna del sistema. El legislador ha perdido, en este sentido, la oportunidad de realizar una revisión profunda de las técnicas de reproducción. Es cierto, que se han introducido algunos cambios tímidos que pretenden establecer garantías en un aspecto tan delicado como, por ejemplo, el relativo al derecho a la información de los usuarios de las técnicas, pero, a nuestro juicio, la reforma ha sido insuficiente.

Era el momento de analizar las quiebras que la aplicación práctica de estas técnicas presenta y afrontar, con valentía, los retos que suponen. Era el momento, en definitiva, de apostar por las personas: por las mujeres, los hijos, los padres y los donantes.