

# *PRESUPUESTOS BIOETICOS Y BIOJURIDICOS PARA UNA CRITICA A LA LEY ESPAÑOLA SOBRE "TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA"*

---

*Angeles López*

## *1. Introducción*

Las reflexiones que voy a exponer y, que, por razones de espacio y tiempo, hacen necesaria la brevedad, van dirigidas a comentar problemas relacionados con las "técnicas de reproducción humana", temática que, como saben, el legislador español se ha apresurado a regular en la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, sobre "Técnicas de Reproducción Asistida"<sup>1</sup>. Con la promulgación de esta Ley –contra la que el Partido Popular tiene interpuesto recurso de inconstitucionalidad<sup>2</sup>– España, junto con Suecia<sup>3</sup>, se convierte

1. BOE. núm. 282, jueves 24 nov. 1988, pp. 33373-78.

2. Presentado el 24 de febrero de 1989.

3. La Ley Sueca de 20 de diciembre de 1984 sólo permite la inseminación artificial a la mujer casada o que conviva con un hombre en condiciones maritales (arts. 1 y 2), bajo supervisión de especialistas, y, si se juzga que el niño podría crecer en un ambiente y condiciones favorables. La Ley española en su art. 6º (las usuarias de las técnicas) lo hace extensivo a "toda mujer" (mayor de edad y en buen estado de salud psicofísica... art. 2º) con dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

en pionera y punta avanzada de una legislación que, para algunos "¡nos acerca más a Europa y nos hace ser más europeos!".

Dicha temática no sólo es amplia, sino también especialmente compleja y delicada –no olvidemos que lo que está en juego es la vida humana–, por ello he creído conveniente, no entrar en el análisis pormenorizado de la ley (–por otro lado, acaba de aparecer un amplísimo estudio realizado por el civilista Luis Martínez-Calcerrada<sup>4</sup>), sino plantear los presupuestos fundamentales en que apoyo mi crítica y mi oposición a la misma.

## 2. Presupuestos para una crítica

La "reproducción humana" así como las técnicas a ella vinculadas hay que inscribirla dentro de lo que se ha dado en llamar "revolución biotecnológica", gracias a la cual el hombre ha podido entrar "en el comienzo, desarrollo y fin de la vida humana"<sup>5</sup>, convirtiéndose en dueño y señor de su propio destino biológico<sup>6</sup>.

4. *La Nueva Inseminación Artificial*. Estudio Ley 22 de nov. 1988, Madrid 1989.

5. NUÑEZ DE CASTRO, I., *Respecto a la vida humana y a su integridad personal*, V Congreso Nacional de Reales Academias de Medicina, Murcia, Mayo 1989, p. 85. Una clara caracterización de la "revolución biotecnológica" se ofrece en las pp. 86 a 88.

6. Con el significado título *Produire l'homme: de quel droit?* aparece en 1987 el acertado libro de J. L. BAUDOIN y C. LABROUSSE-RIOU, Presses Universitaires de France. No obstante, como ha puesto de relieve el Secretario Perpetuo de la Real Academia Nacional de Medicina, Prof. Valentín MATILLA, "La Manipulación en esos secretos indescifrables de los fenómenos sexuales, conduce con harta frecuencia a la aparición de aberraciones y monstruosidades que sólo en muy escaso número y a título de excepcionalidad se dan en la Naturaleza. Esta se venga así del soberbio gesto de esas incursiones y desplantes del investigador engreído, que desbordado en su fama y autosuficiente por precedentes conquistas y hallazgos, acaba por creerse pleno poseedor de recursos y poder creador casi milagrero o faústico". En *Patología del amor*, Comunicación a la Real Academia de Medicina, 26 de enero de 1988, publ. en el T. CV de los "Anales", cuaderno primero, p. 69.

Cuando en los años 1945 y 1950, aparecen las primeras noticias sobre fecundación artificial<sup>7</sup>, el asunto se presentó como algo hipotético y su debate no trascendió apenas de la esfera médica. En España conocían la existencia de esas técnicas practicadas en algunas clínicas de EE.UU., gracias a testimonios como los de SCHEINFELD<sup>8</sup> y el P. GEMELI<sup>9</sup>; sin embargo, en nuestro país el grito de alerta fue dado por la revista *Criterio* en un artículo anónimo titulado *Niños de laboratorio*<sup>10</sup>. Al poco tiempo, empiezan a interesarse por el tema no sólo biólogos y ginecólogos sino también juristas de reconocido prestigio como era el caso del civilista M. Batlle, por aquellos años Rector de la Universidad de Murcia, el cual plantea, por primera vez, la licitud o ilicitud de dichas técnicas: "¿Se trata de un acto lícito?. Si no lo fuera ¿qué consecuencias acarrearían su práctica?"<sup>11</sup>.

La respuesta a estas dos preguntas, en un principio, intenta ser resuelta por la propia profesión médica, desde la deontología profesional, y, en este sentido, la Asociación Médica Mundial, en su 18ª Asamblea, celebrada en 1964, en Helsinki, emitió una serie de "Recomendaciones para orientar a los médicos en la investigación biomédica en seres humanos". A partir de esa fecha, dicha Asociación ha venido revisando y actualizando tales recomenda-

7. En 1944 surgen las primeras fecundaciones humanas efectuadas por los americanos John Rock y Myrian Menkin, investigaciones que fueron continuadas diez años después por L. B. SHETTLER, aunque, en todos los casos los embriones sucumbían, por falta de nutrición, al poco de nacer. En 1972, los británicos Patrick Steptoe y Robert G. Edwards consiguieron los primeros embarazos al implantar en el útero, tras la transferencia embrionaria (FIVET), embriones pluricelulares y, ya en junio de 1978 nacía, en el Oldham General Hospital, Louise Brown, la primera niña probeta del mundo.

8. *Vd. y la herencia*, Buenos Aires 1946, p. 492.

9. *La fecondazione artificiale*, Milán 1947.

10. En su Núm. 11, p. 21.

11. M. BATLLE muestra la ilicitud de estas técnicas en un artículo aparecido en 1949, titulado *La eutelegenesia y el derecho*, publ. en la Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, junio 1949.

ciones<sup>12</sup> emitidas siempre con carácter provisional. Así, las emitidas por la 37ª Asamblea de 1985, celebrada en Bruselas<sup>13</sup> y por la 39ª Asamblea de 1987, celebrada en Madrid<sup>14</sup>. En esta última se insta a los médicos "a actuar según la ética y el respeto que merece la *salud de la futura madre* así como *la del embrión* desde el comienzo de la vida" e igualmente se señala que "tales intervenciones se *justifican* en los casos de *esterilidad*, así como para evitar *desórdenes genéticos* y para *investigación*"<sup>15</sup>.

Así, pues, desde determinadas posiciones que parecen dominantes de la deontología médica profesional, la respuesta parece clara: es lícita la práctica de técnicas de reproducción asistida, si bien se limita su esfera de aplicación a tres campos: esterilidad, desórdenes genéticos e investigación.

Obsérvese que en la Declaración de Madrid se pone especial énfasis en la frase "actuar según la ética y el respeto que merece la salud de la futura madre y la del embrión desde el comienzo de la vida". Ahora bien, ¿este respeto y cuidado por la salud se refiere sólo al momento en que se lleva a efecto la reproducción artificial o afecta también al tiempo subsiguiente? En uno o en otro caso la salud de la futura madre y la del embrión no está garantizada. Es bien sabido que los resultados de la "revolución biotecnológica", y por tanto, los resultados de las técnicas a ella vinculada son *imprevisibles*<sup>16</sup>, por ello la Conferencia de Asilomar de 1975<sup>17</sup>,

12. En la 29ª Asamblea, celebrada en Tokyo en el año 1975, y más tarde por la 35ª Asamblea de Venecia, en 1983.

13. *Declaración provisional sobre aspectos éticos de la fertilización in vitro*, aprobada sobre la base de una moción presentada por un grupo de médicos, juristas y políticos australianos.

14. Esta Asamblea aprobó dos Declaraciones basadas en el informe emitido por una comisión de médicos y juristas australianos, norteamericanos y alemanes. Una, sobre *La fecundación in vitro y el trasplante de embrión*, la otra, sobre *Asesoramiento genético y manipulaciones genéticas*.

15. El subrayado es nuestro.

16. Así se pronuncian entre otros, J. TESTART, *El embrión transparente*, Ediciones Gramza, S. A. Barcelona 1988; NUÑEZ DE CASTRO, *Categorías del discurso biológico*, en A. DOU ed. "Evolucionismo y Cultura", Mensajero,

propuso una moratoria en las investigaciones del DNA recombinante, siguiendo las recomendaciones de la Comisión presidida por el prestigioso profesor Paul Berg, la cual había establecido un año antes, el cese cautelar de todas las técnicas y métodos que pudieran desembocar en la difusión de organismos argificialmente originados.

Pero ¿cuál es el grado de riesgo o resultado imprevisible en estas técnicas? Una vez más para dar respuesta a esta pregunta debemos recurrir a la voz de la comunidad científica, a la cual pertenece Jacques Testart, quien de forma clara y rotunda dio la voz de alarma, abandonando por iniciativa propia sus investigaciones, alertando a todos frente a la que el llamó "tentación eugénica". En su conocida obra *El embrión transparente* demuestra cómo la eliminación de embriones femeninos por una diferencia de sedimentación en la centrifugación es un indicio claro de cómo pueden sobrepasarse técnicamente límites éticos. Límites más allá de los cuales no debería consentirse la intervención humana, porque, según la comunidad científica internacional, deben rechazarse modificaciones en los genes que puedan caer en la "tentación eugénica". No puede olvidarse que con una simple centrifugación se favorece el nacimiento de varones alterándose la proporción natural varones-hembras<sup>18</sup>.

En España han sido varias las voces que han puesto de manifiesto estos peligros. Ya en 1981, en la Escuela Asturiana de

Bilbao 1983, pp. 17-53, SCHOOYANS, M., *Ethique Medicale et Biopolitique*, J. Gynecol. Onstet. Reprod. 15, 4 pp. 513-522, 1986; y, especialmente, la obra de F. FRYDMAN, J., TESTARD y RELAISCHALLART, *Fécondation, fertilité, sexualité*, 1982, y la de MUASHER, S., *Benefits and Rischs of Multiple Transfer with In Vitro Fertilization*, Lancet 1984.

17. No es extraño que la Conferencia, celebrada en Asilomar, California, recomendara la creación de organismos nacionales de bioética, así como la actuación de comités de expertos con carácter interdisciplinar, que trabajaran en colaboración con los organismos internacionales competentes.

18. También en SCHOOYANS, M., *Maitrise de la vie, domination des hommes*, Latheilleux, Paris 1986.

Estudios Hispánicos de La Granda, tuvo lugar un curso de biología molecular al término del cual se dio a conocer el llamado "Manifiesto de la Granda" en donde se advierten, con gran tacto, las posibles repercusiones negativas que podían derivarse de las investigaciones biotecnológicas. Pero incluso los que pasan por ser "los padres" de estas técnicas en nuestro país, los Doctores Dexeus y Barrí, afirman que "tenemos que ser particularmente cautos respecto al tratamiento biotecnológico de la reproducción ya que tan sólo el futuro podrá decirnos si las técnicas hoy empleadas pueden tener *efectos indeseables* en la anatomía y función de los órganos reproductivos. Consecuencia irónica y trágica a la vez sería el que las mujeres infértiles que han concebido gracias a un tratamiento, alumbraran hijos a su vez infértiles, creándose un mecanismo de autoperpetuación"<sup>19</sup>.

Estos resultados imprevisibles que aportan los científicos fueron sin duda tenidos en cuenta, aunque sin consecuencias positivas, por la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación "in vitro" y la inseminación Artificial Humanas española en cuyo Informe, publicado por el Congreso de los Diputados, concretamente en el Plan de Trabajo con que se inicia, se dice expresamente: "Sin duda, estas técnicas conllevan la *incógnita de su futuro imprevisible*", e inmediatamente como "curándose en salud", añade: "Es seguro, entonces, que algunas de las recomendaciones de este Informe no serán excesivamente duraderas y que muy probablemente el progreso científico y las reacciones sociales incorporadas determinarán su revisión y puesta al día..."<sup>20</sup>.

Naturalmente, cabe esperar que el progreso científico, que marcha con tanta celeridad, permita, en un futuro no muy lejano,

19. S. DEXEUS y P. N. BARRI, *Aspectos bioéticos de las técnicas de fecundación asistida*, V Congreso Nacional de Reales Academias de Medicina, Murcia, mayo 1989, p. 80. El subrayado es nuestro.

20. "Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación 'in vitro' y la Inseminación Artificial Humanas", Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid 1987, p. 23. El subrayado es nuestro.

descartar la *imprevisibilidad*, pero, mientras tanto, no podemos olvidar que en aras de ese mismo progreso se están sacrificando vidas humanas. Así, pues, ¿es bueno que hagamos todo lo que podemos hacer técnicamente?, o por el contrario ¿es mejor no hacer nada hasta que podamos hacerlo con resultados previsiblemente positivos? Ciertamente el fin de estas técnicas no es otro que la *producción* de vidas humanas<sup>21</sup>, pero ¿a costa de cuántas otras? Baste recordar los resultados obtenidos por el Queen Victoria Medical Center de Australia en la estadística correspondiente al año 1983, de cada 984 embriones implantados sólo nacieron 95 niños<sup>22</sup>, y con ello se perdieron nada más y nada menos que 889 embriones, lo cual significa un 90,6% y un 9,4%, respectivamente, como cifras porcentuales. Este último dato sería menor si la estadística se hiciese, no sobre embriones implantados, sino sobre embriones producidos por la FIV, y que luego se pierden antes de la transferencia.

¿Se respeta la salud del embrión? Según los datos que acabamos de ofrecer —podríamos citar muchos más— está claro cual es la suerte de los embriones no reimplantados: o se destruyen, pura y simplemente, o se congelan como un stock<sup>23</sup> destinado a reimplantaciones futuras o a experimentación. Pero ¿por cuánto tiempo se conservan congelados?. La Comisión Warnock se manifiesta en

21. Las implicaciones de esta dura afirmación las ha visto con gran precisión N. BLAZQUEZ: "Las cuestiones más humanas tienden a ser tratadas como aspectos nuevos de la productividad y del consumo en el sentido más brutalmente materialista y financiero. Se producen y se llevan a la sociedad como las patatas al almacén, del que habrá que arrojar a los indeseables por exceso de producción o por defecto de calidad. Y todo ello, en nombre del llamado, indiscriminadamente 'progreso científico'". *La manipulación genética*, 75, cuadernos BAC, Madrid 1984, p. 4-5.

22. En la Ponencia presentada por DEXEUR y BARRI que antes cité, pueden encontrarse estadísticas en este mismo sentido, p. 81.

23. El mundo como "Bestellen" en Heidegger. No sólo "Herstellen" sino lo que define: "bestellr das wirkliche als Bestand" (almacena lo real como un stock). En *Die Frage nach der Technik*, en *Vortrage und Aufsätze* Günter Neske, Pfullingen, Tübingen 1954, I, p. 24, passim. Vid. n. 21.

favor de un período máximo de 10 años; el Informe Waller de Australia establece un período de 5 años, si bien el National Health and Medical Research Council, de este mismo país, establece en 10 años el límite máximo. Por su parte, el Comité national d'Ethique en Francia preconiza una duración mucho más corta, de doce a diez meses. Nuestra Ley establece que "los preembriones sobrantes de una FIV por no transferidos al útero se crioconservan en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años" (art. 11.3). La arbitrariedad en las cifras no puede resultar extraña, ya que, nuevamente, la ciencia no conoce por ahora con precisión los efectos que a largo término puede tener la congelación sobre el embrión. En última instancia, con el transcurso de diez meses, cinco o diez años, los embriones congelados son desechados o destruidos. De nuevo, la ambigüedad inaceptable de una producción voluntarista de la vida que genera un proceso determinante de la muerte. La pérdida de embriones o, lo que tanto da, la pérdida de vidas humanas —si reconocemos que todo óvulo humano fecundado es en sí mismo una vida humana— convierte a estas técnicas en ilícitas, pues estaremos de acuerdo en que "el asesinato de varias personas parece más grave que la procreación in-humana de una de ellas"<sup>24</sup>.

Pero, por último, nos toca ahora abordar el problema más complejo de los hasta aquí tratados; me refiero al problema de la experimentación o investigación científica con embriones humanos. El conflicto aquí se agrava, pues se experimenta sobre "sujetos humanos" incapaces de consentir acerca del acto de la manipulación<sup>25</sup>. De aquí que la mayor parte de la comunidad científica esté de acuerdo en afirmar que toda investigación con

24. MELENDO, T., *Fecundación in vitro y dignidad humana*, op. cit., p. 113.

25. Véanse en este sentido los múltiples puntos de vista que se han venido ofreciendo sobre el tema en J. L. BAUDOUIN, *L'experimentation sur les humains: un conflit de valeur*, en "Liceité en droit positif et références légales aux valeurs", X<sup>e</sup> Journées Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant 1982, p. 171 y ss.



embriones humanos será ilícita desde el momento en que dicha "investigación" implique un riesgo para la integridad física o la vida del embrión, y, por el contrario, solamente será lícita cuando redunde en beneficio del mismo o en un intento de salvar su vida.

No obstante, y con el fin de evitar el sentido "del riesgo o integridad del embrión" se cae en el sofisma de dividir el desarrollo humano o status biológico del embrión, a partir del momento de la concepción, en dos etapas. Una primera, que iría desde la fecundación hasta el decimocuarto día (14 días) y una segunda, que comienza a partir de este decimocuarto día. La primera es denominada "etapa preembrionaria" o reimplantatoria; la segunda es la "etapa embrionaria" o posimplantatoria. No puede resultar extraño que esta falacia semántica fuera adoptada por el Congreso Mundial de Fertilización in vitro, celebrada en Helsinki, en 1984, pues obviamente es esta comunidad la que tiene un interés específico en el problema de la experimentación embrionaria, necesaria según ellos, para perfeccionar las técnicas de fecundación.

En el párrafo II de la Exposición de Motivos de nuestra Ley, se recoge esta división, aunque se reconoce expresamente que "hasta ahora no se ha hecho o se ha hecho de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos". A continuación se define al *preembrión* como sigue: "Se viene aceptando el término *preembrión* para designar al grupo de células que resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes— y aparece en él la línea primitiva". A su vez, "por *embrión* se entiende tradicionalmente la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior, si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es la de unos dos meses y medio más".

Las consecuencias de una tal distinción, ya expresa en la Exposición de Motivos permite su utilización a lo largo de toda la

ley. Así, cuando se habla de "crioconservación" se utiliza el término "preembrión" (art. 11); cuando se habla de "diagnóstico y tratamiento" (art. 12), se utiliza también el mismo término, y, ahora, llegado el turno a la "investigación y experimentación" ocurre otro tanto (arts. 14, 15, 16 y 17). Nuestra Ley da por supuesto la inexistencia de vida humana individualizada hasta el 14 día posterior a la fecundación, de lo cual la Ley deduce: en primer lugar, la necesidad de conferir un status jurídico distinto al "preembrión" y al "embrión" y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, autoriza la investigación, manipulación y experimentación en "preembriones", así como su posterior destrucción.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional viene afirmando<sup>26</sup> que desde la gestación existe un ser humano distinto de la madre, un ser humano individualizado, y esa doctrina tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor que señala el art. 5. 1 de la LOPJ (conforme a ella se aplicarán e interpretarán las Leyes y Reglamentos) y el art. 38. 1 de la LOTC (vincula a todos los poderes públicos y produce efectos generales).

En fin, por lo que hace a las manipulaciones en los genes —manipulaciones que implican la intervención directa en la secuencia natural de las bases que integran el genoma— atenta contra un "derecho tan fundamental como el derecho a la procreación"<sup>27</sup>. Así fue reconocido en la declaración que sobre esta cuestión elaboró la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su trigésima sesión ordinaria (recomendación 934, de 1982 sobre "Ingeniería Genética"). En su conclusión, que hago mía, se dice: "El derecho al propio genoma y su inviolabilidad deben ser respetados como un *derecho fundamental*, que debe enunciarse como tal y ser protegido con universalidad y eficacia".

26. Especialmente en la Sentencia de 11.4.85 (F.J. 5).

27. F. MAYOR ZARAGOZA, *Gen-ética*, en *Ética y medicina*, Espasa-Universidad, Madrid 1988, p. 190.