

Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho

María Casado

ion and similar papers at core.ac.uk

br

provided by Diposit Digit

Resumen

El artículo trata de los problemas éticos y jurídicos que surgen a raíz de la puesta en práctica de técnicas de reproducción asistida, al querer determinar la paternidad o poder elegir el sexo de un embrión viable, entre otros.

Palabras clave: reproducción asistida, bioética, derecho de familia.

Abstract. *Human assisted reproduction: the problems from bioethics and law*

The article deals with the ethical and juridical problems derived from the implementation of assisted reproduction techniques in determining paternity a the sex of au embryo, among other questions.

Key words: assisted reproduction, bioethics, family law.

La reflexión sobre la reproducción humana asistida permite diversos enfoques complementarios. Las ciencias sociales propician los planteamientos interdisciplinarios: el punto de vista del jurista se enriquece con la consideración de los que defienden los diversos colectivos implicados. La reproducción no solo es un asunto individual sino también social. El objetivo de este artículo es reflexionar desde un punto de vista bioético sobre las normas que regulan las técnicas utilizadas en la reproducción asistida. Las cuestiones clave que se analizan hacen referencia a la protección de los derechos humanos de los distintos implicados, los problemas de los donantes, el estatuto del embrión, el diagnóstico prenatal, la información y el consentimiento de la mujer, la distribución de recursos y la igualdad de acceso a las técnicas.

Al hablar de modelos de «reproducción» hoy es preciso considerar una posibilidad absolutamente nueva: la reproducción asistida¹, cuyas técnicas otorgan la posibilidad de ser padres, biológicamente, a algunas personas que sin la ayuda de estos adelantos biotecnológicos no habrían tenido descendencia. Estas 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 quien 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 también en cuanto a las posibilidades de investigación—, la sociedad las acepta aunque se considera necesario hacer un análisis cuidadoso de las mismas desde los diversos puntos de vista posibles. 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?

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 posterior². 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

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.

embriones, las «reducciones embrionarias» o los embriones «sobrantes»? ¿qué opinar sobre el diagnóstico preconcepcional 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 al 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, etc.—, las posibilidades que presentan las nuevas tecnologías reproductivas llevan consigo dilemas difíciles de resolver³. Las decisiones a tomar se han incrementado de manera vertiginosa y obligan a someter a revisión los planteamientos habitualmente aceptados.

Desde un punto de vista jurídico, la ley española, pionera en Europa en su momento, ha sido fuertemente criticada⁴ y fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad⁵ por cuestiones que se refieren a la posibilidad de utilización de las técnicas por una mujer sola, por aspectos relativos al anonimato y la filiación⁶ 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.

3. Con carácter general proporciona 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, 1988, 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 enfrentar 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 de 1986 y de 9 de junio de 1991 y la sentencia 7/1994 de 17 de enero, del tribunal constitucional de gran importancia en este sentido.

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 existido⁷. 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 estatuto 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 asistida⁸.

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 Roca⁹, que tras siglos de lucha por poder considerar padre a quien biológicamente lo era, reivindicando la libre investigación de la paternidad¹⁰, 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 quien 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 artículo 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 legales¹¹.

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 doctora 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, 7/1991, utiliza también el criterio de mantener el vínculo formal, y la ley inglesa hace lo mismo.

Un aspecto importante a considerar es que tanto la ley 35/88 como la ley 42/88 regulan cuestiones referentes a las expectativas de vida. La primera define los conceptos de preembrión, 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 sólo poseen las «personas». El embrión es un bien jurídicamente protegido pero no puede considerársele 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 personas¹².

Por otra parte, para que la ley proteja al embrión tiene 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 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 persona¹³—. 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 investigación¹⁴.

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 eugenésicas¹⁵, 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.

La opinión de la sociedad ante la reproducción asistida en la actualidad es de aceptación generalizada. Sin embargo en el transcurso de éstas, existen concepciones morales y religiosas contrapuestas. Es interesante señalar que la reli-

12. Véase la famosa sentencia sobre el aborto 53/1985, de 11 de abril, del tribunal constitucional; en conexión con esta cuestión también la 120/1990, de 27 de junio, del mismo tribunal.
13. El derecho español crea una categoría de viabilidad objetiva: la permanencia de 24 horas fuera del claustro materno.
14. Sobre estas cuestiones y sobre la «cosificación» del embrión no viable, véase E. Roca: «El derecho perplejo. Los misterios de los embriones», *Revista de Derecho y Genoma humano*, Universidad de Deusto-Fundación BBV, núm. 1, p. 121 y s. También M. Cárcaba Fernández, op. cit. p. 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, Paris, 1990, p. 140-156.

gión católica se muestra en su doctrina¹⁶ 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 religiones, 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 permisivas¹⁷.

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 presión¹⁸, de que la información no es todo 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 entre el médico y el paciente¹⁹: información, consentimiento, confidencialidad, etc. El diagnóstico prenatal y el consejo genético se constituyen en ejemplos paradigmáticos²⁰, 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

16. Instrucción de la congregación para la doctrina de la fe, de 22 de enero de 1987, «El respecto a la vida humana que nace y a la dignidad de la procreación».
17. Véase el interesante análisis realizado por G. Sarrille en «The not so Sacred Image of Motherhood», AAVV, *Young Women and Life Choices*, monografía realizada bajo los auspicios de UNFPA, ed. Sid Occasinel Publication Series, Roma, mayo de 1992.
18. Véase A. Rogers y D. 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 «usuarias».
20. Véase J. Egozcue: «Diagnóstico preconcepcional y preimplantatorio», en *Genética humana*, C. Romeo Casabona ed., Universidad de Deusto, 1995, cap. 4, p. 105-114. También *Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*, J. Gafo ed., Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995. 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», *Derecho y genoma*, núm. 4, Universidad de Deusto-Fundación BBV, 1996.
21. Véase la ponencia de Verena Stolcke: «Las nuevas tecnologías reproductivas, la vieja paternidad», p. 87 y s.

manos²² y lo que se plantea como una nueva opción reproductiva puede devenir una nueva forma de opresión²³. 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 en 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 se refiere 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

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

23. V. Stolcke, op. cit. p. 115 y s.

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

25. J. Testar, op. cit. p. 27 y s.

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

dado lugar a la intervención de los tribunales en nuestro país²⁷. Éste es un punto que ilustra perfectamente las cuestiones fundamentales que se han ido desarrollando hasta aquí y permite hacer una evaluación general de los problemas implicados. Desde cualquiera de los puntos de vista de las distintas ciencias sociales con que se aborde, 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 colectivo²⁸.

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 los derechos del individuo y los del grupo: ¿hasta dónde 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. 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.

27. Ante el juzgado de Mataró se presentó, por parte de una mujer de cuarenta y cinco años madre de cinco varones, la solicitud de que le fuese aceptada la selección de sexo para concebir una niña. El juez dictó auto favorable el 2 de agosto de 1990, que recurrió el fiscal que ya había informado desfavorablemente. La audiencia de Barcelona revocó el auto del juzgado de Mataró el 12 de noviembre de 1990, afirmándose en el auto del tribunal superior que es la madre para el hijo y no el hijo para la madre.

28. Véase J. Eguzcue: «Sex selection: why not?», *Human Reproduction*, vol. 8, núm. 11, p. 1777, 1993.