

# FILIACION ASISTIDA Y PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES\*

*Encarna Roca Trías*  
Catedrático de Derecho Civil  
Universitat de Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico como un todo unitario hace que haya que tener en cuenta por encima de todo los derechos fundamentales de los individuos como valores inherentes a la personalidad. En consecuencia, las materias relacionadas con cualquiera de los aspectos de la biotecnología no pueden explicarse desde la metodología tradicional, sobre la base de un sistema dogmático que se limita a tener en cuenta las reglas de atribución de la paternidad y la maternidad en un ordenamiento jurídico concreto: es necesario encontrar una línea común para la solución de los conflictos que evidentemente se plantean, y esta línea se encuentra en la aplicación de los derechos fundamentales.

Puestas así las cosas, las distintas regulaciones europeas sobre biotecnología parten claramente de este planteamiento. Desde la ya lejana resolución del Consejo de Europa sobre ingeniería genética (934 [1982]), hasta la reciente *Convención para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto de las aplicaciones de la Biología y de la medicina*, conocida como *Convención sobre los Derechos humanos y la Biomedicina*<sup>1</sup> la línea común para la solución de los conflictos en este campo se ha fijado en el cuadro formado por los derechos fundamentales. Por ello, los temas que se tratarán aquí han de pasar por un proceso de identificación y tratamiento adecuado de los derechos fundamentales implicados.

El art. 10.1 CE declara como eje de la regulación del ordenamiento español en lo relativo a los derechos fundamentales, la protección de "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad"; si ello es así y los autores españoles están de acuerdo en reconocer que la protección de la persona es la clave del ordenamiento constitucional español, debe examinarse la problemática de las filiaciones asistidas desde el punto de vista de la protección de los derechos de los sujetos implicados en cualquier proceso de este tipo.

En estos procesos existen como mínimo dos grupos de sujetos implicados: i) los usuarios de las técnicas, a los que podemos identificar con el nombre de padres iniciales; ii) los donantes de material genético, cuando la filiación sea la consecuencia de la utilización de gametos ajenos a los padres iniciales. Pero además, evidentemente, existe un nuevo grupo, el de los nacidos como consecuencia de estas técnicas, que al no ser personas en el momento en que se produce el proceso, no tienen aun derechos fundamentales, pero que deben ser tenidos en cuenta como potenciales seres humanos, cuya dignidad futura ha de ser objeto de protección como consecuencia de estar protegido mediante la técnica que el Tribunal Constitucional denomina bien constitucionalmente protegido<sup>2</sup>.

El proceso de identificación y posterior protección de los derechos fundamentales de las personas que pertenecen a cada uno de estos grupos implicará el afloramiento de unos intere-

---

\* El presente artículo ha sido entregado por la autora para su inclusión en esta revista previamente a la publicación de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>1</sup> Convención de Asturias de Bioética. Consejo de Europa, abierta a la firma el 14 de abril de 1997 en Oviedo, Asturias. Se cita de la publicación efectuada en la *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, n° 1 1998, p. 46.

---

<sup>2</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, al declarar que el nasciturus, si bien no es titular de derechos fundamentales, al tener vida humana y ser un ser humano potencial, se encuentra en una categoría intermedia a la que el Tribunal Constitucional identifica con el nombre de bien jurídicamente protegido, terminología que utiliza también la STC 212/1996, de 19 diciembre.

ses propios o derivados de la posición que ocupa el sujeto en el proceso en cuestión; posiblemente, estos intereses se contrapongan, por lo que a nivel constitucional deberá decidirse cuál de ellos merece una protección más inmediata, porque es más digno de protección o se ajusta de una forma más clara al derecho fundamental correspondiente. Ello no debe llevar a la desprotección de sujetos pertenecientes al grupo no prioritario. Lo que hace la leyes establecer un sistema de preferencia, sobre la base clara de los argumentos de la STC 53/1985, cuando declara que si bien la Constitución española protege a los nascituri.

“ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones”.

Existe, además, una nueva cuestión que debe ser objeto de reflexión por parte de quienes deben analizar la cuestión que estoy tratando en las leyes que, como la española, regulan la filiación asistida: ¿debe ser considerado padre siempre y en todo momento aquél que lo sea de acuerdo con las reglas de la biología? La antigua regulación del Código civil permitía una paternidad formal, de modo que en los supuestos de la filiación legítima, es decir, la que tenía efectos dentro del matrimonio, el marido de la madre era siempre el padre legal de los hijos de ésta, aunque no lo fuera biológicamente. La prohibición de la investigación de la paternidad hasta la reforma del Código civil en 1981, como consecuencia del art. 39.2 CE hacía que el ordenamiento español contuviera un principio de admisión de la paternidad formal: sólo la prueba de la imposibilidad de acceso a la esposa durante el período legal de concepción permitía al marido de la madre impugnar la paternidad que la ley le atribuía automáticamente. El principio formal dio paso al principio de verdad biológica, de modo que al decir el art. 39. 2 CE que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", se regula la filiación sobre la base del principio antes enunciado y ello se demuestra no sólo en la introducción de la investigación de la paternidad por medio de la aceptación de toda clase de pruebas biológicas, según se establece en los arts. 127 C.c. y 98 CF. Como afirma RIVERO, existen dos planos de regulación de la filiación, el realista,

que responde al principio de veracidad, que pretende llegar a hacer concurrir la verdad biológica y la jurídica y para ello facilita la investigación de la paternidad, y el formalista, que sobrevalora otros elementos, como la paz familiar o la estabilidad de la sociedad, y que para ello decide prescindir de la verdad real, dificultando extraordinariamente la prueba de la verdad biológica<sup>3</sup>.

Ciertamente, no podemos decir que la introducción del principio de verdad biológica haya eliminado totalmente el formalismo en la determinación de la filiación y es precisamente en el campo de las filiaciones asistidas donde se aplica de una forma más clara, sobre todo cuando el proceso se ha llevado a cabo con gametos procedentes de donantes. De aquí que, sobre todo antes de que en sus respectivos países se estableciesen leyes que garantizan los derechos de los nacidos de estas técnicas, una de las discusiones más habituales entre los juristas de nuestro entorno sea la de si debe primar o no la verdad biológica en este caso.

Por ello debemos preguntarnos si contrasta con el principio de que debe ser considerado padre aquél que lo sea según las reglas de la naturaleza, la norma del art. 8.1 de la ley 35/1988, de 22 noviembre (desde aquí, LTRA) al establecer que

“ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación”.

O la norma del art. 111.2 de la ley catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia {CF}, según el cual

"no s'admet la impugnació que només es basi en la fecundació assistida de la mare, si s'ha practicat d'acord amb els arts. 97 i 92 i, per tant, encara que el pare no sigui el progenitor biològic de la persona la filiació de la qual s'impugna".

"no se admite la impugnación que solamente se base en la fecundación asistida de la madre, si se ha practicado de acuerdo con los arts. 97 y 92, por lo tanto, aunque el padre no sea el progenitor biológico de la persona la filiación de la cual se impugna".

---

<sup>3</sup> RIVERO (1997b), p. 10

Resulta claro que admitida la filiación por este medio y admitido que en este caso, la atribución de la paternidad no se efectúa por las reglas de la naturaleza, sino como consecuencia de una declaración de voluntad expresa en la que se admite el proceso y se asume su consecuencia, la filiación, el principio realista cede ante el voluntarista. Según esto, la legislación puede utilizar diversas técnicas para alcanzar el resultado buscado, que es, en definitiva, la estabilización de la familia sobre la base de la voluntad expresamente manifestada: i) crear una categoría nueva de filiación, como parece efectuar la LTRA, o bien ii) adaptar la filiación a los modelos ya existentes, como hizo en su momento la ley catalana 711991, de 27 de abril, al reconducir la filiación asistida dentro de los supuestos de filiación matrimonial y no matrimonial. Pero si esta es la solución más correcta para conseguir esta adecuación de la ley a la voluntad de los intervinientes en el proceso, y más concretamente de los padres iniciales, ¿no puede producir ello una desprotección de los derechos de los nacidos y el incumplimiento de lo establecido en el ya mencionado art. 39.2 CE? Esta objeción se verá más adelante. Baste ahora decir como conclusión de este apartado que la utilización de las técnicas de reproducción asistida lleva consigo la necesidad de introducir un nuevo mecanismo para determinar la filiación y, seguramente, la vuelta a un tipo de paternidad formal.

## II. LOS PADRES INICIALES

La pregunta se centra ahora sólo en la determinación de quiénes pueden ser usuarios de estas técnicas. Las cuestiones que se plantean en la LTRA se centran en un punto clave, que es altamente discutible: ¿existe un derecho a usar estas técnicas? y si existe, ¿se basa en el derecho a la salud o en un hipotético derecho a procrear? Porque si debemos solucionar estas cuestiones en la línea de los derechos fundamentales, tendremos que decidir sobre cuál de los derechos de los posibles usuarios legitima la utilización de este tipo de procesos. Pero es que además, según las diferentes concepciones religiosas presentes en la actual sociedad, se buscarán unos fundamentos u otros para justificar o no esta posibilidad<sup>4</sup>. Se

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, los juristas católicos rechazan que el sistema de filiación asistida pueda derivar del ejercicio de la voluntad libre del individuo y, por lo tanto, de un hipotético derecho a reproducirse, y al admitir sólo la que denominan "insemina-

trata de elegir entre el derecho a procrear y la protección de la salud, con el problema adicional que el primero no se encuentra reconocido con este nombre en ninguna declaración de derechos fundamentales, ni, por tanto, en la Constitución española de 1978, mientras que el segundo no está considerado en España como derecho fundamental, dado que el art. 43.1 CE lo coloca entre los que denomina *principios rectores de la política social y económica*.

El *derecho a procrear* se considera en algunas concepciones, implícito en otros fundamentales, como el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE) y la libertad. De aquí se deriva un derecho a reproducirse no ligado a la familia matrimonial, sino que se considera como derecho de la persona, individual, por tanto, encuentra su justificación en la intimidad, en función, por tanto, de la personalidad, por lo que el derecho a tener hijos se fundamenta en la protección que de ella hace el art. 10.1 CE. De aquí derivan unas implicaciones importantes sobre todo en relación a la determinación de quién puede ser usuario de estas técnicas, y entroncarlo con la protección de la personalidad abre la puerta a la posibilidad de que sea utilizado por la mujer sola. La discusión se mantiene entre los juristas del área europea y del área anglosajona, a partir de la tensión entre la protección a la mujer y la necesidad de proteger el interés del futuro nacido como consecuencia del uso de estas técnicas.

El Informe del Congreso de los Diputados, publicado en 1987, introdujo la dualidad que después fue recogida claramente en la LTRA. Efectivamente, la recomendación del uso de las técnicas de reproducción asistida tendría como finalidad fundamental la "actuación médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas, ineficaces o imposibles de realizar (recomendación 17)", estableciendo también que "podrán utilizarse para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de transmisión al hijo, y sea factible hacerlo con suficientes garantías (recomendación 18)". Al mismo tiempo, la recomendación 118

---

ción homóloga", es decir, la que se efectúa con material genético del marido de la madre, lo hacen como un remedio a la esterilidad y, en consecuencia, relacionado con el derecho de familia, excluyendo asimismo el derecho a la salud.

admite que "podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique ya cargo del erario público" y también que "la mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas"; la única diferencia radica en que en este caso, los gastos correrían de su cuenta y no se efectuaría con cargo a la seguridad social (recomendación 120). La base de los argumentos que admitían esta posibilidad la encontraban los redactores del informe en los arts. 9, 10, 14, 18 y 39.1 CE, de modo que "la Constitución dispone que la mujer sola o soltera puede ser madre, y si puede serlo por un derecho constitucional por la vía y modo naturales, también habría de poder serlo por un procedimiento no natural; línea de pensamiento que coincide con lo establecido por la Convención Europea de Derechos Humanos".

Esta discusión y las conclusiones a que llega el *Informe* español provocan una perplejidad interpretativa de la LTRA. Efectivamente, el art. 1.2 y 3 LTRA. establece que

"2. Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica *ante la esterilidad humana*, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces",

3. Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas".

El Consejo de Europa ha aceptado un principio semejante<sup>5</sup>, con la única diferencia de que en esta resolución se exige que los usuarios sean los miembros de una pareja heterosexual estéril. En consecuencia, la base en el documento europeo es el remedio a un problema de salud. La

---

<sup>5</sup> Esta disposición estaría de acuerdo con el principio 1 del documento sobre procreación humana del Consejo de Europa. Allí se afirma que "Les techniques de procréation artificielle humaine peuvent être employées en faveur d'un couple homosexuel lorsque les conditions appropriées existent pour assurer le bien-être de l'enfant à naître et seulement lorsque: a. soit les autres méthodes de traitement et l'infertilité ont échoué n'offrent aucune perspective de succès ou ne sont pas appropriées dans le cas d'espèce; -soit un risque sérieux existe de transmettre à l'enfant une grave maladie héréditaire; -soit qu'il y ait un risque sérieux que l'enfant souffre d'une autre maladie qui entraînerait sa mort précoce ou un handicap grave; b). Et lorsque ces techniques ont une chance raisonnable d'aboutir et qu'il n'y a pas de risque significatif de compromettre la santé de la mère ou de l'enfant".

disposición española debe completarse con el art. 6 LTRA. que admite la posibilidad que la mujer sola sea "receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley". Pero al tener que conectar el art. 1 con el 6 LTRA. se deduce que también la mujer sola debe cumplir con las finalidades establecidas en el mencionado art. 1, es decir, el remedio a la esterilidad o el tratamiento de posibles enfermedades de origen genético o hereditario de las que sea transmisora. Seguimos, por lo tanto en el ámbito de la protección de la salud y no del derecho a la reproducción.

Otra cuestión distinta es la que se relaciona con los requisitos exigidos en el procedimiento para asegurar la atribución de la paternidad al hijo nacido como consecuencia del uso de estas técnicas. Esta cuestión se tratará en el apartado IV, pero hay que señalar que una de las razones que se discuten sobre la admisión o no del uso de las técnicas de reproducción asistida por mujeres solas consiste en la consecuencia de que el hijo estaría siempre condenado a no tener padre, lo que se considera poco conveniente y esta situación es posible dado que si se utiliza material genético de donante, éste siempre será anónimo y de acuerdo con lo que dispone el art. 5.5 LTRA. no cabe investigación de la paternidad en este caso. Ciertamente, en los nacimientos de mujer no casada, la madre no puede revelar el nombre del padre (art. 122 C.c.), pero el hijo tiene la posibilidad de reclamar la paternidad (art. 133 C.c.), sobre la base del principio de libre investigación, reconocido en el art. 39.2 CE<sup>6</sup>.

### III. LOS DONANTES

Se califica como donante a aquella persona que proporciona el material genético indispensable en estos procedimientos. Las modernas legislaciones se encuentran ante la necesidad de decidir entre dos principios contrapuestos: i) el de la protección a la intimidad de aquel que, en las condiciones establecidas en la ley, decide donar su semen o sus óvulos, y cuya intención no es nunca la de asumir la filiación que resultará de

---

<sup>6</sup> En Francia, la ley 94-654, de 29 de julio de 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, establece, en el art. L152-2, que estas técnicas sólo podrán dirigirse a responder "a la demande parentale d'un couple", que debe estar casado o en situación de pareja estable durante al menos dos años.

la operación, y ii) el de proteger el derecho del nacido a conocer su propio origen.

Para resolver de alguna manera esta tensión, o bien se opta por el conocimiento de la identidad del donante, como en Suecia<sup>7</sup> o bien se opta por un sistema de anonimato relativo, como ocurre en España y en Francia. En la primera solución, se protege el interés del nacido; en la segunda, evidentemente, el derecho fundamental del donante.

Sin embargo, las cosas no resultan nunca tan claras. El sistema asegura al donante la protección de su derecho a la intimidad, al que, evidentemente, puede renunciar. Pero algunos autores consideran que este derecho no debe ser protegible frente al del nacido, cuyo interés resulta más digno de protección. Así se afirma que el derecho del nacido no debe limitarse al de los meros datos biológicos que forman su herencia genética, sino que se trata de un derecho unido a la característica de inviolabilidad de la persona que tiene la consideración de fundamental y por ello debe ser protegido<sup>8</sup>. Ahora bien, la ley ha optado por una fórmula que se califica como de *anonimato relativo*, es decir que se asegura al donante la inmunidad frente a las reclamaciones de paternidad/maternidad, excluyéndole de cualquier relación con el nacido para proteger su derecho a la intimidad. Pero no impide que el nacido tenga derecho a investigar su origen genético como forma de proteger su personalidad. El secreto de la identidad del donante se plantea a dos niveles: sobre la identidad del donante y sobre el hecho mismo de la utilización de la técnica de la filiación asistida por una parte y sobre la posibilidad de investigar los datos biológicos, por otra. La forma de compaginar el derecho a la intimidad del donante con el derecho a conocer el origen genético sólo puede encontrarse por medio de una fórmula que permita la investigación sobre este último, excluyendo la identidad del donante. Así se recoge en el art. 5.5,2 LTRA al decir que

"los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos".

Ello es así por razones distintas de las que se utilizan normalmente para argumentar a favor o en contra de la aceptación del anonimato. Efectivamente, el derecho a la investigación de la paternidad reconocido en el art. 39.2 CE es concebido como absoluto, cuando ni se trata de un derecho fundamental, ni en sí mismo considerado puede ser calificado como tal. Efectivamente, la investigación se regula después de asegurar a los hijos la protección integral, que se atribuye después a los padres en el párrafo segundo del mencionado art. 39 CE. La paternidad, está pues concebida como una forma de protección, funcionalmente y para ello hay un medio: la investigación de la paternidad. Pienso, por tanto, que ésta no se concibe como un derecho del hijo cuya finalidad sea el conocimiento de la identidad de los padres, sino como un derecho concebido para que se descubra quién es el obligado a prestarle la protección que le es debida, según dispone el mismo art. 39.3 CE. La investigación es, por tanto, funcional y sólo será necesaria cuando el hijo no tenga atribuida la protección adecuada. Esta opinión no se ajusta a la doctrina dominante, pero pienso que es la única forma de interpretar los preceptos constitucionales en una situación que ha cambiado radicalmente desde la entrada en vigor de la Constitución. Otra solución sería tanto como destruir la voluntad de quien ha asumido la paternidad.

Esta fórmula, sin embargo, tampoco puede ser absoluta. La protección del interés del nacido, requiere que en determinadas circunstancias no se proteja la intimidad del donante. Se trata de aquellos casos en que existe un peligro comprobado para la vida del hijo, o cuando se requiera por parte del juez, en los supuestos de acciones penales, muy especialmente las previstas en el art. 162 CP. Por tanto, la regla del anonimato no es absoluta: i) se rompe de forma relativa en relación a los datos biogenéticos que deben revelarse como consecuencia del derecho a la protección a la personalidad y la salud del nacido; ii) se rompe también cuando existe un peligro real para la vida del hijo, y iii) cuando se hayan emprendido acciones penales contra los autores de alguno

---

<sup>7</sup> Según establece la ley 1140/1984. Sobre este punto, ver EWERLOF (1988), p. 73. En España la cuestión sigue aun sobre el tapete, dado que la ley 35/1988 ha sido impugnada en este punto ante el tribunal Constitucional y la sentencia aun no se ha pronunciado.

<sup>8</sup> En este sentido se pronunciaron en su momento RIVERO (1988), p. 160 ss y PANTALEON (1988), p. 32. Ver asimismo QUESADA (1994), p. 290.

de los delitos relativos a manipulaciones genéticas previstos en el Código penal.

La donación está calificada por la ley como un contrato gratuito; la expresión no resulta muy afortunada, puesto que utiliza términos patrimoniales para una actuación relacionada de forma exclusiva con los derechos de la persona, dado que, además, ni los gametos ni los embriones se encuentran dentro de las cosas que son objeto de contrato, por hallarse fuera del comercio de los hombres (art. 1271 C.c.)<sup>9</sup>. El consentimiento prestado para la utilización del material genético donado no es revocable, aunque se admite la declaración de revocación cuando sea el mismo interesado quien necesite los gametos donados (art. 5.2 LTRA). Requiere que el donante sea mayor de 18 años y capaz de obrar (art. 5.6 LTRA). Además, es gratuita y no sólo lo es para el donante, sino que nunca podrá tener carácter lucrativo o comercial (art. 5.3 LTRA).

#### IV. LA ATRIBUCION DE LA MATERNIDAD/PATERNIDAD

Si las reglas que rigen el sistema de filiación asistida están pensadas para evitar las consecuencias de la esterilidad humana, tal como pone de relieve el art. 1.2 LTRA, ello significa que se requiere un sistema de atribución de la maternidad/paternidad que facilite la inserción del nacido en la familia de los padres iniciales, teniendo siempre en cuenta que es posible que no coincida la paternidad/maternidad biológica con la jurídica. La cuestión tiene que ver con los medios de atribución de la maternidad y de la paternidad, como ya se ha puesto antes de relieve: los medios tradicionales o son inadecuados ante la realidad de la filiación asistida, o producen resultados inadecuados o perversos. Los Códigos atribuyen la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre, la prueba biológica de que alguien es padre genético o bien por medio de la forma más típica de la paternidad social, la adopción<sup>10</sup>. Los problemas que surgen con la técnica de reproducción asistida no se ajustan a ninguna de estas situaciones. La regulación que se efectúa en la ley 35/1988 y en el Código de Familia de Cataluña demuestra la flexibilidad de la noción de paternidad como consecuencia de la ruptura

de las conexiones entre dos relaciones que han constituido el núcleo de las normas reguladoras de la cuestión:

- i) Paternidad y matrimonio
- ii) Paternidad y relaciones sexuales<sup>11</sup>

En el primer caso, se presume que es padre el marido de la madre; en el segundo, se va a atribuir la paternidad cuando se prueben las relaciones sexuales con la madre, si no están casados. En la filiación asistida, el principio es distinto, puesto que se desplaza de la biología a la voluntad. En efecto, la ley 35/1988 y de ella, el Código de familia de Cataluña, emplean los siguientes elementos para solucionar el problema que se plantea: se parte de un sistema análogo a la adopción en el sentido que el peso específico se otorga al consentimiento, desplazando de este modo el dato biológico. Este ya no sirve para atribuir la paternidad puesto que el donante nunca va a ser considerado padre, ni tan solo cuando se descubra su identidad (art. 8.3 LTRA). De aquí que la verdad biológica en general juegue un papel no exclusivo en la filiación, ya que tanto en este caso, como en el de la adopción, la voluntad de los que asumen el rol de padres tiene una intervención decisiva.

Hay que distinguir entre las reglas que atribuyen la paternidad y las que atribuyen la maternidad.

*A) Atribución de la paternidad.* El art. 7 LTRA se remite a las leyes vigentes para la atribución de la paternidad, es decir, el Código civil (arts. 115-126 C.c.), el Código de Familia de Cataluña (arts. 89-97 CF) y la Compilación de Navarra (art. 70 FNN). El mismo art. 7 LTRA establece que esta aplicación se efectúa "a salvo las especialidades contenidas en este capítulo", lo que significa dos cuestiones: i) que cuando la técnica utilizada haya sido la fecundación asistida, se aplicarán las reglas de la ley 35/1988 y, ii) que estas reglas se aplicarán siempre que ello sea posible, de modo que en Cataluña debe aplicarse lo dispuesto en el Código de Familia, que contiene

<sup>9</sup> PANTALEON (1988), p. 22.

<sup>10</sup> Sobre paternidad social, DEW AR (1992); 443 ss.

<sup>11</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 declara que "pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que pueden darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos y óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan".

ne también reglas para determinar la paternidad en estos supuestos.

Dicho lo anterior hay que distinguir los casos en que la fecundación asistida tiene lugar en una pareja casada y los que tiene lugar en una pareja no casada y dentro de cada supuesto hay que distinguir también los casos en que se haya efectuado con material del marido/compañero de la madre o con material de donante.

1° Pareja casada.

a) Que se haya producido la inseminación de la esposa con semen del marido. En este caso no se produce ningún problema respecto a la atribución de la paternidad, puesto que coinciden el elemento biológico y la voluntad manifestada en el escrito indubitado a que se refiere el art. 8.2 LTRA. Por tanto el marido de la madre es el padre del hijo de ésta. Además, en este caso no sería posible una acción de impugnación de la paternidad, ya que la investigación sobre la base de pruebas biológicas daría como resultado la atribución por este sistema de la misma paternidad. El único problema se presentaría cuando el consentimiento se hubiese prestado por error, violencia o intimidación, aunque coincidiendo las características genéticas del marido con las del hijo, pienso que sólo podrían existir acciones de resarcimiento entre el marido y la esposa, sin que el vicio de la voluntad afectara a la filiación. La misma solución aparece en el art. 92.1 CF, que establece que "los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido".

b) En el caso que la inseminación se haya producido con material genético de donante, hay que distinguir asimismo si se ha efectuado con consentimiento del marido o sin él. En el primer caso, la voluntad de asumir la paternidad aparece manifestada en el escrito indubitado exigido en el art. 6.4 LTRA, o la escritura pública exigida en el art. 92.1 CF. Este debe reflejar claramente que se presta el consentimiento para "la fecundación con contribución de donante" y debe ser anterior al inicio del tratamiento. Cuando no hay consentimiento o éste ha sido prestado concurriendo alguno de los vicios de la voluntad que lo anulan, habrá que recurrir a las reglas generales que regulan las acciones de impugnación de la

paternidad. Concretamente, el art. 136 C.c. y el art. 106 CF.<sup>12</sup>

En ambos casos se exige que el reconocimiento conste en un documento indubitado que haya sido otorgado antes del inicio del tratamiento. En las regulaciones españolas hay discrepancia sobre la forma del documento: mientras para los lugares que se rigen por la ley 35/1988, el art. 6.4 se remite a lo que establece el art. 8.2 LTRA, en el que "se considerará escrito indubitado el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por el varón [casado] con anterioridad a la utilización de estas técnicas", que deberá, además reunir los requisitos de libertad, consentimiento informado y formalidad (art. 6.4 LTRA *in fine*), el Código de Familia de Cataluña exige siempre escritura pública, cuando se trata de técnicas de reproducción asistida practicadas en mujeres casadas (art. 92.1 CF).

Se aplica aquí, por tanto, el principio del consentimiento frente a la atribución de la paternidad por medio de datos biológicos y por ello, el art. 8.1 LTRA establece que

"ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación, con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación",

lo que significa que se prohíbe, en beneficio del hijo, la impugnación de la paternidad sobre la única base de la discrepancia genética<sup>13</sup>. Ello no impide, como ya se ha puesto de relieve antes, que en aquellos casos en que no haya concurrido el consentimiento o esté viciado, no se puedan ejercer las correspondientes acciones.

Evidentemente, si no existe el consentimiento del marido, no se le atribuirá la paternidad y caso que apareciera inscrito como hijo del marido de la madre en el registro civil, se podrá ejercer la acción de impugnación de la filiación, de acuerdo con las reglas generales.

---

<sup>12</sup> Para mayor información en las cuestiones de la atribución de la paternidad en estos casos ver RIVERO (1997a), p. 526-529 y PUIG FERRIOL en Puig Ferriol-Roca Trías (1998), II, pp. 56 ss.

<sup>13</sup> Como ocurrió en el caso resuelto por el Tribunal de Grande Instance de Niza el 30 de junio de 1976.

## 2º Pareja no casada

a) En la inseminación con semen del compañero, debe atribuírsele la paternidad por dos razones: porque biológicamente es hijo suyo y porque ha concurrido la voluntad, aunque esta posibilidad, si bien resulta insinuada en el art. 8.2 LTRA, no está directamente contemplada en ella. La atribución de la paternidad deberá seguir los mismos procedimientos que en cualquier tipo de filiación no matrimonial, es decir, los previstos en el art. 120 C.c., aunque se considerará a estos efectos y los de reclamación de la filiación cuando se ejerza la acción, como "escrito indubitado", aquel a que se refiere el mencionado art. 8.2 LTRA. Al existir en Cataluña una presunción de paternidad no matrimonial (art. 94 CF), el art. 97 CF declara hijos del compañero de la madre "los nacidos a consecuencia de la fecundación asistida" de ésta siempre que su compañero "la haya consentido previamente en documento público". En ninguno de los dos ordenamientos se prevé la situación de que se haya efectuado la inseminación con material genético del compañero pero sin su consentimiento, aunque puede deducirse que no se le podrá atribuir la paternidad, porque no es suficiente la biología cuando se trata de técnicas de fecundación asistida, dado que se exige siempre la declaración de voluntad.

b) Cuando la inseminación se efectúa con semen de donante hay que distinguir también los casos de que concurra el consentimiento del compañero o no. Habrá que aplicar las mismas reglas, de modo que se atribuirá la paternidad al compañero que haya consentido el tratamiento, con las condiciones exigidas en los arts. 8.2 LTRA y 97.1 CF. Así, el mismo art. 8.2 LTRA permite aplicar el art. 49 LRC, es decir, el reconocimiento de la filiación ante el encargado del Registro civil. En este caso también deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 8.1 LTRA, por analogía, puesto que las razones que rigen la exclusión de la impugnación de la filiación matrimonial son las mismas que están presentes en la filiación extramatrimonial; por ello, debe excluirse la impugnación únicamente sobre la base de haberse utilizado una técnica de reproducción asistida con material genético de donante.

En el caso que no haya concurrido el consentimiento, no podrá atribuirse nunca la paternidad al compañero de la madre.

## 3º El caso de la fecundación *post mortem*.

Sólo una breve referencia a la posibilidad admitida en el art. 9 LTRA y en el art. 92.2 CF. La regla general establecida en el art. 9.1 LTRA consiste en impedir que se atribuya la paternidad al marido de la madre fallecido con anterioridad al momento de implantación del material genético en el útero de la mujer. Pero las disposiciones citadas admiten que la paternidad se atribuya al marido siempre que concurran los requisitos que se establecen, es decir, que haya consentido fehacientemente (documentado en escritura pública o testamento) y que su material se utilice dentro de los seis meses posteriores a su fallecimiento. En el art. 92.2 CF se exige además que la fecundación se limite a un solo caso. Dados estos requisitos, se atribuirá al marido la paternidad, con las consecuencias de todo tipo que ello comporta<sup>14</sup>.

B) *La determinación de la maternidad.* La regla *mater semper certa est* encuentra serios obstáculos en los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida con óvulos procedentes de donante. La regla tradicional hace coincidir maternidad con gestación y parto, pero las posibilidades que abren los contratos de maternidad subrogada, aunque no produzcan efectos en el ordenamiento español, de acuerdo con lo que dispone el art. 10 LTRA, hace que deba introducirse en el ordenamiento una regla para determinar la maternidad.

El principio general proclamado tanto en el art. 10.2 LTRA, como en el art. 87.2 CF es que la filiación materna se determina por el hecho del parto. Esta es la misma regla que puede deducirse de lo dispuesto en el art. 47 LRC que establece que

"en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria"<sup>15</sup>.

En consecuencia, puede decirse que en nuestro derecho se ha proclamado el principio tradicional según el cual es madre la mujer que da a luz, independientemente de la relación gené-

<sup>14</sup> Como las sucesorias, como ocurre en el art. 9.3 del Código de sucesiones de Cataluña que considera capaz para suceder al nacido dentro del período previsto en el art. 92 CF.

<sup>15</sup> Sobre este tema, ver RIVERO (1997b), p. 53: Por lo que se refiere al Derecho catalán, PUIG FERRIOL (1998), 11, p. 57.



tica que tenga con el nacido. y esta regla no tiene excepciones, aunque se puedan interponer las acciones correspondientes de impugnación de la maternidad, siempre que se justifique la suposición del parto o la discrepancia de la identidad del hijo (arts. 139 C.c. y 112 CF).

Las dudas surgen en los supuestos de maternidad subrogada en los que la ley presenta tres problemas: la prohibición del contrato, la determinación de la maternidad y la de la paternidad, De acuerdo con las recomendaciones europeas ya diferencia de lo que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno<sup>16</sup>, el art. 10 LTRA establece la nulidad de pleno derecho del contrato

"por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero",

El contrato es nulo y no produce ningún efecto entre quienes lo han contraído.

Pero la declaración de nulidad de un contrato no impide su celebración y por ello la ley 35/1988 se ocupa de determinar qué ocurre cuando ello ocurra. La consecuencia es la atribución de la maternidad por medio de la regla de que el parto la determina. y ello con independencia de las posibles complejidades genéticas que pueden concurrir en cada caso concreto, según de quién provenga el semen y el óvulo. Existe, por tanto, una maternidad que RIVERO califica como *jurídica*, aunque no es formal, porque se basa en un hecho físico, el parto, criterio de seguridad adoptado por el ordenamiento jurídico para atribuir responsabilidades de protección, según se ha dicho que se persigue en el art. 39 CE<sup>17</sup>. Ahora bien, esta regla plantea otros problemas que la ley no recoge: ¿qué ocurre cuando la madre subrogada está casada? ¿A quién se atribuye la paternidad? El art. 10.3 LTRA contiene una solución muy poco clara. Dice que

"queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales", que

---

<sup>16</sup> Como el Reino Unido, de acuerdo con la sección 29 de la Human Fertilisation and Embryology Act [1991]. Ver DEWAR (1992), p. 88.

<sup>17</sup> La Exposición de motivos de la ley 35/1988 declara que "en cualquier caso y sin cuestionar el alcance de otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses del embarazo".

evidentemente son aquellas que rijan la filiación de que se trate. Por ello habrá que distinguir los casos en que la madre esté casada y aquellos en que no lo esté. Si está casada y se atribuye la paternidad al marido por aplicación de las presunciones que rigen la filiación, éste podrá impugnar la paternidad, Si no está casada la cuestión se simplifica, porque la atribución de la paternidad exige una declaración de voluntad del compañero que en este caso seguramente no se producirá, aunque si ocurriera, se podrá impugnar el reconocimiento, de acuerdo con las reglas generales. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la filiación del auténtico progenitor, es decir, de aquél que ha participado genéticamente con sus gametos en la operación.

## V. LA PROTECCION DEL EMBRION

La cuestión de la protección del embrión está directamente relacionada con una previa: no es discutible que existe vida antes de la implantación del embrión. Otra cuestión es si esta vida en este estadio debe ser protegida y si la respuesta es afirmativa, cómo. Porque para unos, el embrión es un material biológico que puede ser calificado como un proyecto de persona, excluyéndose, en consecuencia, que deba ser protegido como si ya lo fuera, mientras que para otros tiene ya la información necesaria y suficiente como para ser tratado como tal persona<sup>18</sup>. Como afirma ZATTI, el valor discriminatorio del nacimiento a los efectos de considerar o no persona al concebido, no depende de criterios biológicos, sino culturales y de organización social<sup>19</sup>.

El Tribunal Constitucional ha proporcionado los elementos para centrar el debate. En la STC 53/1985, de 11 de abril define la vida como un proceso en el que pueden distinguirse distintas etapas desde la concepción al nacimiento, para llegar a una primera conclusión según la cual

"la vida del *nasciturus* en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional",

---

<sup>18</sup> Sobre este tema ver ROCATRIAS (1994), pp. 130 y ss.

<sup>19</sup> ZATTI (1989), p. 88.

aunque esta afirmación no implica que el *nasciturus* sea titular del derecho fundamental a la vida, sino que

"la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el arto 15 de la Constitución española", porque "el sentido jurídico del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el arto 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental",

argumentos adoptados por el mismo Tribunal en la STC 212/1996, de 17 diciembre.

Es necesario plantear la cuestión desde un doble punto de partida: reconocer que el embrión está vivo, no significa que se le otorgue jurídicamente el mismo estatus que al ya nacido; por tanto, el embrión es un bien jurídicamente protegido, y ello se demuestra en la protección que se establece en los estadios anteriores al nacimiento a través de técnicas administrativas, penales, etc. Pero no es, titular del derecho fundamental a la vida, ya que sólo el hecho físico del nacimiento determina la adquisición de la personalidad y, por tanto, de los derechos fundamentales. y esta distinción es la que nos va servir de guía para la argumentación que seguirá sobre la actitud del ordenamiento jurídico español relacionada con la protección del embrión en todos los campos y más concretamente, en el de la manipulación genética.

La primera dificultad que se ofrece al jurista cuando pretende trabajar sobre el tema consiste en la necesidad de obtener conceptos claros a partir de la situación científica y de los niveles de conocimiento que pueden proporcionarles las ciencias biológicas. La Ley española 35/1988 no define qué deba considerarse embrión desde el punto de vista legal. Esta cuestión es importante en todos los niveles de discusión a los efectos de la determinación del tiempo a partir del cual la ley no puede permitir ninguna experimentación o la fijación de los límites temporales para la implantación. O como dice la mencionada exposición de motivos de la ley 35/1988, recogiendo el sistema evolutivo mantenido en la STC 53/1985,

"Partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su

valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo ya su interpretación social sin distorsiones".

Los problemas entorno al tema de los embriones se concentran en cuestiones como: i) la posibilidad de creación *in vitro* de embriones en número superior de aquellos que definitivamente se implantarán. Entonces debe determinarse cuál va a ser su destino final; ii) la necesidad de determinar la sucesiva conservación y/o destrucción de los embriones sobrantes; iii) la prohibición o la tolerancia sobre la manipulación selectiva de gametos y, por tanto, la aplicación de técnicas de manipulación genética; iv) la utilización de los embriones con finalidades de investigación. A lo que se debe añadir cualquier otro tipo de posibilidades que impliquen una manipulación de los embriones, en sentido amplio.

El punto de partida de toda esta cuestión reside en la conclusión de la ya mencionada STC 53/1985, porque aunque se reconoce que existe vida biológica, también se reconoce que el tratamiento debe de ser distinto.

El método que utilizan las leyes españolas 35/1988 y 42/1988 es parecido al que contiene el denominado *Informe Warnock*, es decir, que con independencia de cuándo aparece la vida, es más adecuado avanzar en la definición de los problemas de cómo debe ser tratado un embrión humano', por medio del reconocimiento de un estatuto propio.

Lo que se está protegiendo en las leyes 35/1988 y 42/1988 es el valor superior vida, lo que se demuestra en las siguientes disposiciones.

a) La exigencia de que manipulación de un embrión vivo obedezca a dos finalidades básicas: i) las diagnósticas que sean necesarias para el buen desarrollo del feto y la salud de la futura persona y ii) las terapéuticas. Así se admite que la intervención con fines diagnósticos en el embrión vivo

"no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear" (art. 12.1 ley 35/1988),

afirmándose además que

"toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines terapéuticos no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas" (art. 13.1 ley 35/1988)<sup>20</sup>.

Estas finalidades corresponden claramente a la protección de la salud que corresponde tutelar a los poderes públicos y que en el art. 43 CE no aparece con un titular reconocido directamente, puesto que no se trata de un derecho fundamental, sino de uno de los principios rectores de la política general. En este sentido se puede afirmar que la protección que se acuerda al embrión no sólo está dirigida a tutelar la salud individual de un futuro ser vivo, sino que forma parte de la política general dirigida a mantener una población sana, de modo que en la regulación española sobre tratamiento sanitario de embriones no se parte de ninguna imposición derivada de la sanidad pública, sino de la actuación individual y particular sobre cada caso concreto, de donde hay que afirmar que la libertad individual de quien puede decidir está plenamente garantizada.

Esta finalidad está también presente en toda la regulación de la ley 42/1988.

b) Todo tratamiento realizado sobre embriones debe perseguir *siempre* el bienestar del *nasciturus*. Así se especifica expresamente en el art. 12.2 LTRA, que dice:

"Toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo".

También en el art.13.2 LTRA, que establece que

"Toda intervención sobre el embrión o el feto en el útero vivos, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo".

De donde deriva la necesidad de fijar el concepto de *bienestar* a los efectos de determinar los límites y finalidades de la intervención. El *bienestar* constituye uno de los conceptos abiertos que utiliza el legislador para permitir al intérprete la adaptación más ágil a los criterios propiciados por la conciencia social del tiempo en que las normas hayan de ser aplicadas (art. 3.1 C.c.) y que en una materia tan cambiante, deben ser tenidos muy en cuenta. La utilización de cláusulas de este tipo tiene ventajas, como la facilidad de adaptación ya señalada, pero también tiene graves riesgos y seguramente el más importante consiste en la posibilidad de la interpretación personal, que puede dar lugar a notables desviaciones de aquello que la conciencia social considera aceptable en el campo de la investigación genética en el momento de aplicación de la norma. Dado este problema, el contenido de este concepto se encuentra únicamente en la protección de la vida y la dignidad humana, tal como ha sido entendida en esta fase por el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 53/1985.

Los medios de que goza la organización política para conseguir estas finalidades se encuentran en las normas prohibitivas de determinadas manipulaciones. Quede aquí como concepto básico la necesidad de identificar los conceptos de bienestar del *nasciturus* con el de dignidad de la persona: esta suma es de capital importancia para dilucidar si determinadas experimentaciones y/o manipulaciones pueden resultar acogidas por el ordenamiento jurídico, a pesar de las posibilidades científicas.

A) *Los requisitos de la protección*. Para que el ordenamiento jurídico otorgue protección a un embrión en base al criterio de la dignidad, se exigen dos requisitos: que el embrión esté vivo y que las actuaciones que puedan producirse sobre él mismo tengan como finalidad el derecho a la salud, que forma parte del concepto de dignidad, puesto que es un elemento básico para propiciar el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el art. 10.1 CE. Esta es la gran diferencia que existe entre las leyes 35/1988 y 42/1988: en la primera se parte de la vida del embrión; en la segunda se parte de que el embrión no está vivo

<sup>20</sup>

El texto de la ley ofrece una dificultad ya que incluye el término *viabilidad* cuya interpretación ha ofrecido siempre problemas a los juristas. Ver CASTRO (1984) pp 106 y 107, donde pone de relieve que la palabra *viabilidad* se ha interpretado en el sentido de madurez fetal y de carencia de vicios que permiten vivir al feto. La STC 21/1996 dice respecto a la viabilidad que "«viable» es un adjetivo cuyo significado el diccionario describe como «capaz de vivir». Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como «no viable» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del art. 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión. es decir. frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un «bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto [art. 15 CE] fundamento constitucional)".

o de que, estándolo, se demuestra su inviabilidad; por ello están permitidas determinadas manipulaciones en esta segunda ley, que tienen su límite en la vida del embrión: esta distinción aparece clara en el art. 2.e) de la ley 42/1988 que exige que

"los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos".

para permitir su donación o utilización para las finalidades previstas en el art. 1 de la mencionada ley, que son las diagnósticas, terapéuticas, de investigación y de experimentación. La vida, posible o probable, es el límite a partir de cual se permitirán o no determinadas manipulaciones. Por ello, la STC 212/1996 declaró constitucional la mencionada ley 42/1988.<sup>21</sup>

La exigencia de *que el embrión esté vivo o que sea clínicamente viable* es el punto clave de la cuestión, porque la razón de ser de la protección es el objeto, es decir, el bien jurídico protegido *vida*, dado que nos encontramos en una de las fases del proceso descrito por el Tribunal Constitucional en la ya aludida sentencia 53/1985. Sólo la existencia de *vida* en el sentido biológico del concepto, obliga a tomar determinadas medidas que pueden ser consideradas insertas dentro del que debe calificarse como *estatuto jurídico del embrión*.

Ello obliga a *que las manipulaciones a que se someta el embrión tengan por objeto procurar su salud* y, por tanto, los arts. 12, 13 y 15 LTRA responden al anterior planteamiento, que será completado con el art. 16 de la misma ley, que fija las posibles técnicas utilizables.

Un ser vivo humano y el embrión lo es, está incluido en la protección constitucional a la salud que ofrece el art. 43 CE. y las técnicas previstas en las disposiciones citadas, se justifican únicamente en esta línea de interpretación de los preceptos constitucionales.

El derecho a la salud, pues, entra dentro del complejo de situaciones jurídicas que el Estado debe garantizar el bien jurídico protegido, que en este caso es el embrión.

*B) La vida del embrión.* En el caso *Davis v. Davis* el argumento utilizado por los Tribunales americanos para acordar una determinada protección a los embriones fue el de la protección del interés del menor<sup>22</sup>; si bien esta conclusión parece discutible porque en el mismo sistema norteamericano, el estatus del nacido es distinto del feto, la decisión plantea una cuestión muy interesante porque permite establecer los límites de determinadas actuaciones.

Algunos opinan que no puede negarse la personalidad del embrión, porque si no es persona la pregunta inmediata que debemos hacernos es de si se tratará de una cosa y entonces deberíamos plantear la necesidad de determinar su propietario<sup>23</sup>, de donde se deduciría que los embriones son sujetos de derecho igual que el ser ya nacido<sup>24</sup>. Pienso que este planteamiento es falso porque parte de un concepto superado: como ya he dicho, *la* más importante a los efectos del derecho no es saber cuándo empieza la vida, sino cuándo hay que protegerla y cómo hacerlo y por ello los argumentos hasta ahora utilizados pueden perfectamente justificar una determinada política de protección. La existencia de vida y la combinación con la viabilidad determinan la aplicación de una determinada normativa; la inexistencia de vida o la no viabilidad permiten la experimentación. y como seguramente resulta más fácil delimitar este último campo, voy a fijarme en este aspecto, de donde habrá que deducir *la* contrario.

La condición para permitir la experimentación sobre embriones es que estos

"sean clínicamente no viables o estén muertos" (art. 2.e) ley 42/1988).

<sup>21</sup> Se dice que en el art. 5.3 de la ley 42/1988 "no hay, por tanto, contradicción con la protección que la Constitución exige para la vida del nasciturus, puesto que de tal no se trata. Tal conclusión se refuerza con la precisión relativa a «su grado de desarrollo». La remisión añadida a «su grado de desarrollo» como mención médico-natural que excluye la viabilidad de estos embriones abortados, impide que puedan producirse, con amparo en la Ley, intervenciones con finalidades de investigación científica o aplicación tecnológica en embriones con expectativa, valga la expresión, de «personalidad».

<sup>22</sup> El supuesto era el siguiente: una pareja creó siete embriones *in vitro*. para su futura implantación; después del divorcio ocurrido antes de que ésta pudiera realizarse, los padres biológicos pidieron a los tribunales que dispusieran las medidas correspondientes para la custodia de los embriones. Se cita de KENNEDY -GRUBB *Medical Law. Cases and Materials*. Butterworths, Londres, 1994, p. 799.

<sup>23</sup> LABRUSSE-RIOU (1991). pp 24,26. En sentido negativo, LLEDO (1988) p. 89.

<sup>24</sup> LABRUSSE-RIOU.(1991), p. 26 y 29-30 y LLEDO (1988), p. 85.

Esta exigencia se repite en otras disposiciones de la misma ley, el art. 9.2,e) considera "infracción grave",

"la experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no"

estas normas reciben su confirmación en las disposiciones de los arts. 6 y 7 de la mencionada ley 42/1988 que declaran que sólo se autorizarán determinadas experimentaciones "en los términos de esta ley", es decir, cuando se trate de embriones no vivos.<sup>25</sup>

A continuación el art. 5.3 de la ley 42/1988 considera como embriones no viables:

"los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta Ley", teniendo en cuenta que nunca podrá interrumpirse un embarazo con la única finalidad de donación y utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas (art. 3.21ey 42/1988). Esta reglamentación confirma lo ya establecido en el art. 15.2 LTRA, que establece que sólo se admitirá la investigación en preembriones "si se trata de preembriones no viables"<sup>26</sup>.

Hasta este punto la cuestión no parece que tenga mayores dificultades interpretativas: si partimos de que la dignidad de las personas es la razón que determina la protección, la reglamentación hasta aquí descrita no plantea especiales problemas: no hay dignidad cuando el embrión está muerto, porque no tiene nada que ver con el concepto de persona en esta situación. La cuestión empieza a ensombrecerse cuando el objeto sobre el que se trabaja es un embrión obtenido in vitro y congelado, en definitiva, el caso Davis ya citado. La ley 35/1988 recoge diversos conceptos

---

<sup>25</sup> El art. 6 de la ley 42/1988 establece que "se autoriza la obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o de experimentación, así como su donación a tales efectos, en los términos de esta ley. Antes de proceder a las actuaciones se dejará constancia por los equipos médicos de que la muerte de los fetos o embriones se ha producido".

El art. 7.1 de la misma ley establece que "sólo se autorizarán investigaciones básicas en embriones o fetos humanos o en sus estructuras biológicas si se cumple lo establecido en la presente Ley". Esta normativa responde a las exigencias de la recomendación del Consejo de Europa 1100 (1989), especialmente el párrafo E del anexo.

<sup>26</sup> Informe Palacios p. 78 y 117. Ver asimismo el Informe Warnock p.60.

relacionados con el límite de mantener vivo un embrión creado in vitro antes de ser transferido o congelado<sup>27</sup> y el límite para la conservación de estos embriones congelados. Ello marcará las características de la viabilidad: hasta que no ha transcurrido el plazo señalado por la ley, el embrión congelado o no, se considera viable y, por tanto, no podrá realizarse sobre el mismo ningún tipo de experimentación que no tenga como objeto el diagnóstico y la prevención de enfermedades, como consecuencia de la protección de la salud. En el momento en que transcurren los plazos señalados, es decir, los catorce días previstos en el art. 15.1, b) LTRA, contados a partir de la fecundación, o los cinco años, previstos en el art. 11.3 de la misma ley, para la conservación de los embriones congelados, en este momento, el embrión deja de ser considerado como bien jurídico protegido y pasa a tener la consideración de cosa, pudiendo ser objeto de experimentación: ya no hay vida protegible.

Por ello parece que puede deducirse que no puede ser objeto de infracción y, por tanto, no aparece incluido en los supuestos previstos en el art. 20 LTRA la destrucción del embrión después del día 14 de su creación, ya que en este momento deja de ser viable y, por tanto, puede resultar objeto de investigación<sup>28</sup>.

C) *Las prohibiciones derivadas de la protección a la dignidad.* La finalidad de la protección consiste en obtener la defensa de la dignidad humana y esta se consigue en las mencionadas leyes a través de las siguientes respuestas a los problemas planteados.

1ª. La prohibición de manipulaciones que persigan la creación de organismos erráticos: así, se prohíbe la clonación, la creación de preembriones de personas del mismo sexo, la fusión de preembriones entre sí o con otras especies, el intercambio genético humano o recombinado con otras especies, la transferencia de gametos o

---

<sup>27</sup> Ver Informe Desabrocha p. 66. Ver asimismo las conclusiones 76, 77, y 87 del Informe Palacios.

<sup>28</sup> "De la misma manera que cuando el embrión pierde los sujetos que podrían protegerle, se convierte en objeto de investigación, como parece deducirse de lo dispuesto en el art. 1, f) de la ley 42/1988, que establece que se podrá utilizar el embrión, "si fallecieren los progenitores y no consta su oposición expresa".

embriones humanos en el útero de otra especie animal, etc. (art. 20 LTRA)<sup>29</sup>.

2ª. La prohibición de experimentación que no sea con fines terapéuticos. Así se prohíbe la selección de sexo con fines no terapéuticos (art. 20 n) A y 8.2,c) ley 42/1988), la modificación del patrimonio genético humano no patológico (art. 9.2,B),b) ley 42/1988).

3ª. La limitación del tiempo de depósito de los embriones congelados, como ya se ha mencionado.

4ª. La creación de embriones vivos con fines no reproductores (art. 9.2,B),b) ley 42/1988).

## CONCLUSION

El estudio de las disposiciones de las leyes referidas a la protección de la persona en el ámbito de la reproducción "asistida nos muestra que la finalidad esencial de la leyes el respeto a los derechos fundamentales de los implicados. Muchas veces las soluciones son discutibles, pero en ningún caso hay que olvidar que en todos los temas relacionados con la tecnología aplicada a las personas la principal limitación se encuentra en el respeto de sus derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFIA

AA VV.(1988). *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium. Madrid.

CARCABA FERNANDEZ (1995) *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*. Barcelona. J.Ma Bosch, editor.

CASTRO y BRAVO (1984) *Derecho civil de España*. T.II Derecho de la persona. Edición facsímil del original de 1953. Editorial Civitas. Madrid.

DEW AR (1992). *Law and the Family*. Butterworths. Londres. EWERL6F (1988). *"Swedish*

*Legislation on Artificial Insemination"*. La filiación, cit. P. 65

LABROUSSE-RIOU (1991). "L'enjeu des qualifications: la survie juridique de la personne". *Droits. Revue française de théorie juridique*, nº 13, p. 25

CREDO Y AGÜE (1988). *Fecundación artificial y derecho*. Madrid PALACIOS (presidente) (1987). *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y la inseminación artificial humanas*. Congreso de los Diputados. Madrid.

PANTALEON (1988). "Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida". *Jueces para la democracia*. Diciembre 1988, p.19.

PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS (1998) *Institucions del Dret civil de Catalunya*. T. n. Tirant lo Blanch. Valencia

QUESADA GONZÁLEZ (1994) "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico". *Anuario de Derecho civil*. T. XLVII, fasc.li, p. 237

RIVERO HERNÁNDEZ (1988)."La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial" en *La filiación a finales del siglo XX*. P. 141

RIVERO HERNÁNDEZ (1997a) en Lacruz, Sancho, Luna, Rivero, Rams. *Elementos de Derecho civil, IV Derecho de familia*. José M. Bosch editor. Barcelona.

RIVERO HERNÁNDEZ (1997b). "¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español". *Anuario de Derecho civil*. T. L, fasc. I, p. 5

ROCA TRIAS (1988)."La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional " en *La filiación a finales del siglo XX*. P. 17

ROCA TRIAS (1994) "El derecho perplejo: los misterios de los embriones". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Nº 1, p. 121.

ROMEO CASABONA (ed.) (1997). *Código de Leyes sobre Genética*. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBV. Diputación Foral de Bizcaia. Bilbao

W ARNOCK (Chairman) (1984) *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*. HMSO. Londres.

ZATTI, Mario (1987). "La prospettiva del biologo (Statuto biologico dell'embrione)". *Procreazione artificiale ed interventi nella genetica umana*. Atti del Convvegno di Verona 2 3-4 e 25 ottobre 1986. CEDAM. Padova

<sup>29</sup> Esta prohibición aparece ya en la recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa y es recogida en todos los informes nacionales que han tenido lugar como precedente de las distintas leyes: una lista de posibles avances en la investigación en este campo. que incluye estas posibilidades, aparece en el capítulo 12 del Informe Warnock (pp 7074), con la conclusión de que deben ser prohibidas; así se recoge en la Human Fertilisation and Embryology Act 1990, section 4. Las recomendaciones del Informe Palacios lecen también algunas de estas prácticas (ver conclusiones 87, 88, 89).