

## BALANZO DUNHA DÉCADA DE VIXÉNCIA DA LEXISLACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA E SOBRE DOAZÓN E UTILIZACIÓN DE EMBRIÓNS

Carlos Lema Añón

### 1. INTRODUCCIÓN.

A comezos de 1999 cumprian-se os dez anos de vixéncia da lexislación española sobre reprodución asistida e sobre doazón e utilización de embrións. Dez anos é un prazo razoábel como para tentar un balanço desta regulación xa con unha certa perspectiva. De feito, o xogo das efemérides permite-nos precisar algo máis tal perspectiva -aínda que sexa de forma algo impresionista- e deter-nos un pouco nun campo no que só parece existir o presente, entre un pasado inexistente por irrelevante, e un futuro dificilmente discerníbel entre a promesa e o pesadelo.

Cando entra en vigor a lexislación española sobre reprodución asistida, a efeméride que se acababa de conmemorar poucos meses antes era a dos dez anos do primeiro nacemento produto de unha fecundación *in vitro*, ocorrido en Inglaterra. Quer dicir, a entrada en vigor da lexislación española coincidía coa primeira década de existencia e utilización do que fora a grande novidade no campo da reprodución asistida humana, do que estrictamente era a primeira *nova* tecnoloxía da reprodución humana asistida. Trataba-se, ademais, do fito médico-científico que ía marcar tanto a expansión social da reprodución asistida como a vaga de regulación xurídica que culminaría coa elaboración de normativas omnicomprensivas, entre as que a regulación española sería un dos primeiros exemplos a nivel mundial. Mais do punto de vista non tanto científico como social, a aprobación da lexislación española producíase no momento en que tamén se cumprían dez anos desde a criazón do primeiro banco de semen español, o que marcara a emerxencia da práctica da reprodución asistida e a súa saída do secreto e da marxinalidade (o que noutros países xa se tiña producido moito antes).

Dez anos despois destes feitos, ao tempo da entrada en vigor da lexislación española, o que se estaba a producir non eran tanto novas rupturas científicas, como a efervescencia das consecuencias sociais e das implicacións xurídicas da reprodución asistida. Efectivamente, non se tiñan producido trocos ou avances esenciais do calibre do que ocorrera dez anos antes, senon un desenvolvemento e mellora desas técnicas e unha expansión da súa utilización a partir do modelo e do procedemento inicial. En cambio, era moi intensa a actividade de institucións e organismos -tanto internos como internacionais- na análise das implicacións da reprodución asistida e na tentativa de establecer normas xurídicas que disciplinasen e desen resposta a determinados problemas que se percibían. Por entón aínda estaba recente un caso con tanta repercusión pública como fora o de *Baby M.* (resolto nos tribunais norteamericanos perante a nega-

tiva de unha “nai de aluguer” a entregar ao nacer ao seu fillo á outra parte contratante) e algun outro caso semellante. Os esforzos normativos culminarían neses anos -como no caso español- ou se demorarían durante períodos máis o menos amplos.

Nun novo salto de dez anos até o presente ou o pasado recente, tras a primeira década de vixencia da lexislación española, vivía-se un momento no que o estado de cousas científico e normativo referente á reprodución era novamente abalado polo suceder dos acontecementos. Como viña sucedendo cada certo tempo, os medios de comunicación facían-se eco de novos acontecementos científicos con evidentes repercusións normativas. Porque esa primeira década de regulación coincidía con un momento no que aínda non se apagaron os ecos provocados pola primeira clonaxe realizada nun mamífero -a ovella *Dolly*- e polo debate sobre a posibilidade de clonaxe de seres humanos<sup>1</sup>. Neste contexto, numerosas miradas volven-se sobre o dereito, para constatar, no concreto caso español, como moitas das posibilidades e das condutas en cuestión estaban xa previstas e reguladas, pero como algunhas outras non tiñan sido reguladas ou só o foran en parte.

Nestas materias, lapsos de tempo como este de dez anos desde o que nos propomos avaliar a regulación española son, a eses efectos, alternativamente demasiado longos e demasiado curtos. Con frecuencia é mencionado o difícil que resulta legislar sobre obxectos tan submetidos a cambios e avances que moitas veces resultan imprevisíbeis ou imposíbeis de anticipar en todas as múltiples variábeis que poden ser significativas para a súa regulación. Pero ao mesmo tempo, hai que constatar que prácticas como as de reprodución asistida (e en xeral moitas outras intervencións tecnolóxicas sobre a natureza ou os seres humanos) despregan todas as súas consecuencias no longo prazo. Quer dicir, é difícil avaliar cais son os riscos aos que se hai que infrontar, cais son as posíbeis consecuencias remotas desas prácticas, e -nesa medida- cais son aceptábeis ou asumíbeis. Duas décadas de investigación e desenvolvemento da fecundación *in vitro* parece moito tempo no contexto do avance vertixinoso das ciencias da vida. Pero ao mesmo tempo iso significa que a primeira nacida meditando esa técnica ten pouco máis de vinte anos. Neste caso concreto das prácticas de fecundación *in vitro* non parece que as posíbeis consecuencias negativas para os nados através delas sexan alarmantes, nen do punto de vista físico-patolóxico nen do punto de vista psicolóxico. Pero iso é algo que só temos vido sabendo co tempo e que nen sequer podemos asegurar con respecto ao futuro.

Así pois, prodúcese (como noutros campos da tecnociencia) un desfase entre o vertixinoso avance das posibilidades de intervención e a demora dos efectos que a longo prazo producen esas mesmas posibilidades, entre eles os posíbeis efectos negativos que crean un risco crecentemente indeterminábel e ineliminábel. A potencia de intervención das tecnociencias non se corresponde con unha análoga capacidade de determinar as súas propias consecuencias. Quer dicir, non resulta posíbel determinar *cientificamente* (co grao de garantías que isto supón) as propias consecuencias da ciencia. Estes feitos teñen unhas consecuencias ontolóxicas moi importantes, referentes ao propio estatuto do coñecemento científico e á súa relevancia social. Mais, polo que aquí interesa, tamén ten consecuencias para a propia avaliación do dereito que ten por obxecto a regulación de un sector concreto no que se desenvolven actividades referentes á investigación e ás aplicacións técnicas das ciencias da vida.

O dereito, neste sentido, ha de ser revisado con certa frecuencia na medida en que muden as circunstancias ou que se detecten inadecuacións. Mais isto pode ser fonte de paradoxos importantes e de choques cos ideais de seguridade xurídica e permanencia

---

<sup>1</sup> En xuño de 1999 a prensa anunciaba a realización da primeira clonaxe de embrións humanos seguindo o método que permitira o nacemento da ovella *Dolly*. Cientistas norteamericanos criaran un embrión humano clónico, que destruíron dous días despois.

aos que xeralmente se aspira. De paradoxos como o que se produce -e neste ámbito moi frecuentemente- cando a propia realidade á que o dereito pretende regular é quen de mudar o dereito e adaptá-lo a si; ou cando se producen fenómenos de inflación lexislativa, de perda de claridade da lei e, con todo iso, de fonda inseguridade xurídica. Non son estes fenómenos exclusivos deste campo ou doutros análogos, pero si que alcanzan aquí unhas cotas que fan precisa a súa consideración atenta.

O balanço que se pretende realizar, consistirá nun percorrido desde varios puntos de vista polo que ten sido esta primeira década de vixencia da normativa española sobre reprodución asistida e doazón e utilización de fetos e embrións humanos. En primeiro lugar, do punto de vista estritamente normativo, que se ten caracterizado por unha grande lentitude no desenvolvemento da regulación legal. En segundo lugar do punto de vista do xuízo constitucional desta normativa, unha historia só moi recentemente completada. En terceiro lugar, fará-se referencia á cativa aplicación nos tribunais ordinarios de toda esta regulación. O último punto de vista xa non será estritamente normativo, pois se referirá á historia das prácticas, valorando a eficacia da lexislación; neste sentido será unha valoración das normas con relación a feitos empíricos do universo social.

Finalmente pasará-se revista a algunhas das principais cuestións pendentes. Xa sexa en atención á súa novidade, ao feito de que se teñan revelado co tempo como os principais problemas, ou ao feito de que se teña suscitado a necesidade dunha reforma ou adaptación da lexislación.

## 2. UNHA VAGAROSA HISTÓRIA NORMATIVA.

A lexislación española sobre reprodución asistida e utilización de embrións ven constituída, como se sabe, polas Leis 35/1988 de técnicas de reprodución asistida e 42/1988 de doazón e utilización de embrións e fetos humanos ou das súas células, tecidos ou órganos. A nivel legal, completa-se con algunhas disposicións do Código Penal de 1995, especialmente o título V do libro II.

O modelo que debuxan as dúas leis de 1988 basea-se na complementariedade de ambas normas, asumindo cada unha delas un ámbito material de aplicación diferente, se ben relacionado. En principio, a lei sobre técnicas de reprodución asistida regularía a aplicación destas técnicas (inseminación artificial, fecundación *in vitro*, transferencia intratubárica de gámetas), tanto no que respecta aos casos nos que son utilizábeis, ás prácticas permitidas, ás consecuencias xurídicas das mesmas e á conduta dos facultativos e centros nos que se realizan tais prácticas. Complementarmente, esta lei definiría o estatuto xurídico dos embrións humanos no estadio de desenvolvemento no que se poden ver afectados por estas prácticas de reprodución; quer dicir, regularía o estatuto xurídico do que a lei denomina “preembrión”<sup>2</sup> (tamén chamado “embrión preimplantatorio”) e que correspondería ás dúas primeiras semanas de desenvolvemento embrionario desde a fecundación, período durante o cal estes embrións -se son fecundados *in vitro*- poden permanecer sen seren transferidos a unha muller para a súa xestación.

Este segundo campo de aplicación da Lei 35/1988 permite delimitá-la con respecto á Lei 42/1988. Estoutra lei tería como ámbito material de aplicación a doazón e

---

<sup>2</sup> A exposición de motivos da lei 35/1988 ofrece definicións de “preembrión”, “embrión” e “feto” de xeito que actúan como “interpretacións auténticas” deses termos. De todas formas, trata-se dunha terminoloxía cuestionábel. En principio, aquí evitará-se o uso do termo “preembrión” e cando se utilice o termo “embrión” non se excluírá ao “embrión preimplantatorio”.

utilización de embrións ou fetos humanos, dos seus tecidos e os seus órganos. “Embrións” e “fetos”, portanto, con exclusión dos “preembrións”, obxecto da outra lei<sup>3</sup>.

A doazón (e utilización) de outro tipo de materiais ou tecidos humanos de procedencia distinta da fetal e embrionaria non é regulada pola Lei 42/1988. A propia Lei 35/1988 ocupará-se da doazón e utilización (en principio para fins reproductivos) de gámetas, óvulos fecundados e embrións preimplantatarios. (Para o caso da doazón e utilización de órganos procedentes de persoas maiores de idade ou de persoas falecidas, a regulación vixente é a da Lei 30/1979 de extracción e trasplante de órganos, así como as súas disposicións complementares).

Mais se este é o esquema xeral de coordinación da aplicación destas dúas leis (polo menos atendendo ás súas denominacións e ás súas exposicións de motivos), no seu articulado concreto o réxime complica-se algo máis. Na realidade a Lei 35/1988 aparece en ocasións como un marco xeral, que sen embargo non evita reiteracións por parte da Lei 42/1988, sobre todo no que se refire ás infraccións e sancións. Ademais, os criterios delimitadores que se levan adiantado caen completamente en casos como os artigos 12 e 13 da Lei 35/1988, que regulan o diagnóstico e tratamento prenatal tamén de embrións e fetos: o aparente criterio do preembrión esvaece-se. Porque aínda que nen o diagnóstico e tratamento prenatal teñen a ver coa doazón, estrictamente tampouco son técnicas de reprodución asistida, nen por suposto a súa aplicación está limitada aos casos nos que a fecundación teña sido realizada mediante algunha das técnicas de reprodución asistida.

A imprecisión en canto á delimitación dos respectivos obxectos non sería unha causa suficiente como para causar problemas irresolúbeis de interpretación. O que ocorre é que, ademais, o réxime xurídico aplicábel nalguns supostos é mesmamente difícil de determinar. En especial o relativo ás disposicións que definen o estatuto xurídico dos embrións humanos, tanto no referido á súa conservación ou aos poderes de disposición sobre eles, como no referido ao diagnóstico, tratamento, investigación e experimentación. Como é doadamente comprensíbel, estas son ademais cuestións especialmente sensíbeis, que por iso precisan de unha regulación clara, ao tempo que respetosa dos dereitos fundamentais e dos importantes valores en xogo.

Estes e outros problema son en boa medida produto da imprecisión, da falta de clarezas e da cuestionábel “técnica lexislativa” que estas leis amosan. Certo é -xa se dixo- que parte das insuficiencias poden ser atribuídas a unha lóxica imposibilidade de prever os desenvolvementos futuros da reprodución asistida, tanto do punto de vista científico e técnico como do punto de vista das prácticas sociais que se foron afianzando. Pero isto non excusa a crítica das insuficiencias destas leis. Para alén de que se cuestionen ou non as opcións axiolóxicas escollidas, mesmo estas poderían sen dúbida ter sido plasmadas na lexislación de forma máis correcta.

A historia da aprobación destas leis foi singular en varios aspectos e quizais poda explicar nalgunha medida o resultado. Se, como temos visto, España estaba retrasada a finais da década dos setenta en canto a introducción da reprodución asistida (tomando como referencia outros países do seu entorno), durante a década dos oitenta recuperou rapidamente ese terreo. O primeiro nacemento tras fecundación *in vitro* tivo lugar en España en 1984. Pero a nivel lexislativo foi todo aínda máis rápido. En 1988 España convertíase nun dos primeiros países do mundo en dispor dunha lexislación omnicompreensiva con respecto á reprodución asistida: só o estado australiano de Victoria con-

---

<sup>3</sup> O feito de que toda a regulación con respecto aos preembrións se recolla na lei 35/88, aínda para casos hipotéticamente análogos aos regulados na lei 42/88, ten unha xustificación práctica. Ao contrario que no caso de embrións e fetos expulsados ou abortados, a posibilidade de acceder aos “preembrións” -formados por unhas poucas células- é só factíbel no marco da práctica da fecundación *in vitro*.

taba anteriormente cunha lei comparábel, pois todo o máis, algúns países contaban con disposicións penais, civís, ou administrativas dispersas relativas a cuestións pontoais. De facto, o Reino Unido -no que, lembremos, se tiña producido o primeiro nacemento tras fecundación *in vitro* no mundo- non contou cunha lei análoga á española até 1990, apesar de dispor dun estudo oficial sobre a cuestión desde 1984.

Comparado con este último caso, o paso do informe previo á lei foi vertixinoso en España. En abril 1986 o Congreso dos Deputados aprobou o *Informe da Comisión Especial de Estudo da Fecundación in vitro e a Inseminación Artificial Humanas*, na que se incluían numerosas recomendacións que se esperaba que fosen trasladadas a unha lei sobre a materia. A Comisión viña traballando desde o ano anterior, contando con diferentes comparecencias e informes de expertos.

Todo isto representaba unha nova forma de elaboración lexislativa, tanto polo feito da criazón dunha comisión especial do Congreso con representación dos diferentes grupos parlamentares, como polo feito de que se chamase a expertos alleos ao Congreso. Aínda que o informe final foi desigual e falto de maior elaboración, quizais podería ter servido como un punto de partida para continuar cuns traballos previos que non tiveron continuación. Ademais, apesar de se contar con este informe e cos traballos previos que o posibilitaran, as Leis 35/1988 e 42/1988 xurdiron formalmente de unha proposición de lei do Grupo socialista apresentada en 1987 (a iniciativa do seu deputado M. Palacios, impulsor e presidente á súa vez da Comisión Especial), e non dun esperábel -a teor dos obxectivos expresos da comisión- consenso. Tratábase, por outra banda, da primeira proposición de lei do Grupo socialista (na medida en que, apoiando con maioría absoluta parlamentar a un Goberno, viña-se limitando tamén a apoiar os proxectos de lei deste último).

O apresuramento do informe reflectiu-se tamén nas proposicións de lei, faltas aínda (con independencia do seu contido máis ou menos criticábel) de moitas melloras técnicas e precisións con respecto á regulación que instauraban. As emendas introducidas só paliaron estas eivas en parte. Algunhas veces ten-se dito que boa parte destes problemas proveñen do feito de que estas leis as fixeran máis médicos que xuristas. Mais sexa isto ou non unha crítica certa, tampouco parece que a tramitación na Comisión de Emprego e Política Social do Congreso (na que estaba encadrado o seu promotor) teña axudado moito á mellora das mesmas.

Tanto Lei 35/1988 como a 42/1988 foron aprobadas e entraron en vigor a finais de 1988 e comezos de 1989, respectivamente. Pero este non era o final da súa historia normativa. En primeiro lugar, interpuxéron-se contra elas senllos recursos de inconstitucionalidade que -como veremos inmediatamente- supuxeron co tempo tan só lixeiras modificacións no seu contido. En segundo lugar, o Código Penal de 1995 modificou lixeiramente o apartado de infraccións e sancións da Lei 35/1988, ao pasaren algunhas das infraccións máis graves a constituiren delitos. En terceiro lugar, en 1991 aprobouse a Lei catalana de filiacións, que incluía algunhas disposicións referentes á reprodución asistida. Esta lei foi derogada en 1998 polo Código de Familia, que no entanto mantiña esas disposicións.

Pero se cadra o elemento máis importante do resto da historia normativa está constituído polo desenvolvemento regulamentar previsto sobretudo nas disposicións finais da Lei 35/1988. Apesar de que estas disposicións estipulaban prazos para o desenvolvemento regulamentar que oscilaban entre os seis meses e o ano, pasaron até seis anos antes de que este labor simplemente comezase a se plasmar normativamente.

Na realidade, sen ese desenvolvemento regulamentar, resultaba imposíbel sequer realizar un seguimento e un control efectivo sobre as prácticas de reprodución asistida que se estaban a levar a cabo, aínda que só fose para avaliar o grao de cumprimento

da normativa. De feito, as consecuencias da ausencia de un desenvolvemento regulamentar non só significaron unha ausencia de control e de transparencia das prácticas, senon tamén que numerosas disposicións desta lei quedasen en pouco máis que meras declaracións de intencións inoperantes, ou como moito ficando totalmente á vontade de cumprimento dos centros, pero sen que se pudiese realizar un control real do seu cumprimento.

Na liña do balanço que se pretende facer destes dez anos, hai que precisar que aínda hoxe en día non está completado a totalidade do desenvolvemento regulamentar previsto nestas leis. Neste sentido, o primeiro que é preciso constatar nun balanço da historia normativa é que se trata de unha historia inacabada e que -tendo en conta os prazos marcados polas propias leis- arrastra en algúns casos un retraso superior a unha década.

O primeiro fito deste tardío desenvolvemento regulamentar tivo lugar en marzo de 1996, -case sete anos fora de prazo- cando se aprobaron dous regulamentos de desenvolvemento da Lei 35/1988: o Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, *polo que se establecen os protocolos obrigatórios de estudo dos doantes e usuários relacionados coas técnicas de reprodución asistida e se regula a criazón e organización do Rexistro Nacional de Doantes de Gámetas e Preembrions con fins de reprodución humana*; e o Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, *polo que se establecen os requisitos para a autorización e homologación dos centros e servizos sanitarios relacionados coas técnicas de reprodución humana asistida*. Por outra parte, o 2 de maio de 1996 publicábase a Orde Ministerial de 25 de marzo de 1996, *pola que se establecen as normas de funcionamento do Rexistro Nacional de Doantes de Gámetas e Preembrions*.

Non mediou explicación ministerial algunha sobre estes retrasos. O primeiro sinal de que se ía iniciar esta regulación viñera en novembro de 1995, momento no que o Ministerio de Sanidade submetera os proxectos destes reais decretos e desta orde ao Consello Interterritorial de Sanidade. Contodo, é curioso constatar como a publicación destes regulamentos ten lugar dous días antes da celebración das Eleccións Xerais que significarán a derrota do partido no goberno mentres que a orde ministerial se publica dous días antes da investidura do novo goberno. Dalgũa forma, parece como se o goberno sustentado polo Partido Socialista -o partido que propuxera as leis e con cuxos votos, entre outros, se aprobaran- quixese deixar solucionado nalgũa medida o desenvolvemento regulamentar destas leis antes da investidura de un goberno apoiado por partidos que votaran en contra das leis, e formado polo partido cuxos deputados tiñan presentado os recursos de inconstitucionalidade. Se isto fose así resultaría van, na medida en que, a teor do rango regulamentar destas normas, non ofrecería dificultade nengunha a súa modificación ou derogación por parte do novo goberno -cousa que non obstante non ocorreu<sup>4</sup>. Pero en calquer caso, esta lembranza de última hora non xustificaba a longa demora suportada.

Estas normas non esgotaban o desenvolvemento regulamentar previsto pola Lei 35/1988 e foi ao ano seguinte que se deu un paso máis xa co novo goberno. En marzo de 1997 o Real Decreto 415/1997 criaba a Comisión Nacional de Reprodución Humana Asistida (CNRHA, que tería que ter sido criada na primeira metade de 1989), quizais unha das principais cuestións pendentes canto ao desenvolvemento regulamentar.

Con respecto á avaliación do contido da normativa de desenvolvemento en relación coa lexislación que a habilitaba, limitaremo-nos a facer algunhas consideracións

---

<sup>4</sup> Nen mesmo parece que apesar da oposición no seu momento e do recurso de inconstitucionalidade se vaia modificar a lei radicalmente. Por outra parte, o novo goberno nen sequer seguiu na liña de inhibición no desenvolvemento regulamentar, como se verá a seguir.

críticas xenéricas (xa que o seu desenvolvemento excedería con moito o que aquí nos propomos), pero que sen embargo son necesarias. Os Reais decretos 412 e 413/1996 conteñen determinados aspectos que case chegan a desvirtuar o contido da lei (introducindo sesgos e limitacións que mesmo poden supor para os usuários restricións con respecto ao réxime legal, e nesta medida tentando reformas por vía regulamentaría). Por outra parte, moitas das disposicións sobre os centros parece que simplemente se limiten a convalidar a realidade existente sen nengunha intención realmente regulativa. Finalmente, en determinados puntos concretos chega-se á contradicir directamente o contido da Lei 35/1988, como cando, por exemplo, o Real Decreto 412/1996 afirma que a súa normativa será aplicada tamén á utilización de doazóns procedentes do estranxeiro, o que non está permitido legalmente.

Pero, como dicíamos, con isto non se esgotou sequer a estas alturas o desenvolvemento destas leis. Con respecto á Lei 35/1988 queda por se aprobar a lista de doenzas xenéticas ou hereditarias susceptíbeis de seren detectadas polo diagnóstico prenatal a efectos de prevención e tratamento<sup>5</sup>, e, por outro lado, os requisitos para a autorización con carácter excepcional de experimentos con gámetas, preembrions, embrions ou fetos humanos, así como as autorizacións que ao respecto podan ser delegadas na CNRHA.

O desenvolvemento da lei 42/1988 está completamente por realizar, salvo naqueles aspectos nos que a regulación referente á outra lei afecta a aspectos pontoais desta. Así, a Lei 42/1988 tamén prevé a criazón dunha Comisión específica de asesoramento con potestade para realizar determinadas autorizacións. Na medida en que esta non ten sido criada, a CNRHA propuxo no seu primeiro informe anual refundir ambas comisións nunha só, ou que lle fosen atribuídas as funcións da comisión prevista pola Lei 42/1988, para o que sería necesaria unha norma con rango de lei<sup>6</sup>.

Para completar a panorámica do marco normativo, hai que mencionar tamén a sinatura por parte española da Convención para a protección dos Dereitos do Home e da dignidade do ser humano con relación ás aplicacións da bioloxía e a medicina (1997) auspiciada polo Consello de Europa (con relevancia para cuestións como a investigación con preembrions ou a selección de sexo), así como o seu protocolo adicional sobre prohibición de clonaxe de seres humanos (1998).

Recapitulando as principais conclusións desta historia normativa, o xuízo que merece esta lexislación podería basearse -no noso criterio- nas seguintes consideracións. Habería que dicir que é positiva a existencia dunha regulación, na medida en que xera algun grao de seguridade xurídica, de protección dos dereitos dos suxeitos implicados e que ofrece certo nivel de racionalidade á disciplina das prácticas. En xeral -atendendo outras experiencias- é seguramente mellor que exista regulación (polo menos en determinados aspectos) a que non a haxa en absoluto, polos problemas que esta ausencia pode supor. Sen embargo, hai que obxectar varias cousas no caso concreto: algunhas das opcións axiolóxicas e das solucións adoptadas son moi criticábeis; apesar da criazón dunha comisión especial de estudo, as leis non acabaron sendo froito nen do consenso nen da maduración de un debate social; a técnica lexislativa é en moitos casos deficiente, o que xera problemas prácticos e de interpretación; e, finalmente, produciuse unha demora enorme no desenvolvemento regulamentar. Isto último foi probabelmente o máis grave. En primeiro lugar a excesiva tardanza na realización de tal desenvolvemento, como temos afirmado, dificultou a efectividade e a eficacia real da regula-

<sup>5</sup> O Real Decreto de 1997 polo que se criaba a Comisión, encargaba-lle o estudo e elaboración desta lista. Mais resulta claro que só pode ser a efectos consultivos, xa que legalmente é só o goberno o competente para a aprobación.

<sup>6</sup> *1 Informe Anual de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida informe*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Diciembre de 1998, p. 2.

ción xurídica, deixou amplos espazos de incerteza e xerou inseguridade xurídica<sup>7</sup>. En segundo lugar, cando este desenvolvemento se produciu, viñeron os problemas interpretativos derivados dalgunhas incompletudes e ambigüidades dos textos regulamentares<sup>8</sup>. Estas consideracións son relevantes e haberán de ser retomadas na análise que se realizará sobre a eficacia desta normativa.

Esta historia normativa aínda non ten rematado. E non sería estrano que se escribese o seu segundo capítulo moito antes de que se teña rematado o primeiro, pois -como veremos nun punto seguinte- xa se están propondo determinadas reformas nas leis, cando o seu desenvolvemento regulamentar non ten sido culminado.

### 3. UNHA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL FINALMENTE ACABADA.

Se a historia normativa non rematou, até hai pouco tampouco se correra mellor sorte en canto á historia constitucional. Resulta paradoxal que nunha materia tan suxeita á evolución, ao cambio e ás novidades decorrentes dos novos descubrimentos, as institucións xurídicas se teñan amosado tan lentas, despois do pulo inicial da aprobación de dúas leis.

---

<sup>7</sup> Non é un factor menor de inseguridade xurídica o feito de que os mandatos de desenvolvemento regulamentar establezcan prazos determinados, pois se pode entender que a habilitación para que o goberno dicte esa normativa se refire só ao caso en que sexa promulgada dentro dese prazo. Sendo isto así, pode-se mesmo dudar razoabelmente da validez de unha norma regulamentaria dictada fora de tal prazo. Non se trata de unha tese sen base. Precisamente para o caso da lei 42/1988 o Tribunal Constitucional se ten pronunciado sobre esta cuestión na Sentenza 212/1996. Segundo o seu fundamento xurídico 7º, o contido normativo da disposición obxecto de impugnación non se esgota en ordear o desenvolvemento regulamentar, senon que tamén exige que este teña lugar dentro do prazo previsto. Así, calquer disposición regulamentar que nun futuro pudesca ditar o goberno sobre tal materia: "no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo".

Atendendo a estas razóns, haberá de se entender que todas as disposicións finais tanto da Lei 42/1988 como da 35/1988, terán perdido a súa capacidade de habilitar o desenvolvemento regulamentar. Terán-na perdido formalmente, o que significa que calquer desenvolvemento deste tipo tería de ser limitado a cuestións que non estivesen suxeitas a reserva de lei, e non se poderá apoiar normativamente nestas disposicións finais. Entón, aínda que moi probablemente os gobernos se sintan vencellados pola necesidade de un desenvolvemento regulamentar (fblemente, xa que non respectaron os prazos) sen embargo, do punto de vista normativo non é inconveniente cuestionar a validez destes regulamentos atendendo aos criterios do Tribunal Constitucional: tanto dos regulamentos que efectivamente se teñen xa promulgado fora de prazo como dos que aínda non se teñen dictado.

Da doutrina do Tribunal Constitucional desprende-se que terán validez os regulamentos cuxo contido non supoña unha vulneración da reserva de lei, pero sen que a habilitación legal das disposicións finais supoña unha habilitación específica. Así por exemplo, o caso da disposición concreta sobre a que se pronuncia o Tribunal Constitucional é relativa á determinación dos criterios para apreciar a viabilidade dos fetos ou embrións. Aínda que o Tribunal non chega a entrar na cuestión, se temos en conta que a viabilidade ou non viabilidade é determinante aos efectos das consecuencias xurídicas para eses fetos, parece que debería existir unha reserva de lei para esta cuestión atendendo á doutrina expresada na Sentenza do Tribunal Constitucional 53/1985 sobre a protección dos *nascituri*. Sendo así, o goberno non podería determinar estes criterios regulamentarmente unha vez que se extinguiu a habilitación legal.

Como se pode ver, a cuestión é complexa e dicutíbel, e este xuízo habería que o realizar para calquer dos posibles desenvolvementos realizados fora de prazo, o que -como dicíamos- é fonte de inseguridade xurídica.

<sup>8</sup> Estes problemas concretarán-se sobretudo no referente ao diagnóstico e tratamento embrionario (en especial no que se refire ás doenzas de orixe xenética), como no referente á investigación e experimentación. Desde a incerteza en canto á posibilidade de aplicación de terapias no caso deste tipo de doenzas antes de dispor dunha lista de doenzas tratábeis prevista na lei; até a pouca claridade na regulación do réxime de autorización excepcional de investigacións non recollidas expresamente na lei.



Tanto contra a Lei 35/1988 como contra a Lei 42/1988 se interpuxeron senllos recursos de inconstitucionalidade, apresentados en ambos casos por un conxunto de deputados do Grupo Popular do Congreso. Ambos recursos se dirixían contra a totalidade das leis e subsidiamente contra algúns dos seus artigos. Con respecto á primeira, o recurso foi presentado o 24 de febreiro de 1989 e admitido a trámite o 13 de marzo. Desde entón ten estado pendente a sentenza até xuño de 1999 (Sentenza 116/1999), o que constitúe un prazo especialmente rechamante, xa que transcorreron máis de dez anos desde a admisión a trámite. Despois de tanta demora, finalmente a sentenza deixaba as cousas practicamente como estaban, convalidando a constitucionalidade da lei<sup>9</sup>. Para o caso da segunda, o recurso foi presentado en marzo de 1989 e aínda que a sentenza se demorou case seis anos, foi finalmente ditada o 19 de decembro de 1996 (Sentenza 212/1996).

Comezaremos pola análise desta segunda sentenza, para seguir unha orde cronolóxica e polo feito de que a mesma adiantaba en grande medida o que ia ser tamén o fallo da segunda, polo menos nos aspectos máis sobranceiros. O seu fallo estimaba parcialmente o recurso, aínda que só en cuestións relativamente menores tendo en conta o alcance do recurso, que era desestimado na maioría das cuestións suscitadas. De feito os incisos da lei que eran anulados por inconstitucionalidade eran mínimos e non facían mudar practicamente nada o sentido da lei<sup>10</sup>. Asimesmo, houbo un voto particular que aceptaba en maior medida as alegacións dos recorrentes.

No recurso alegaba-se a inconstitucionalidade tanto *formal* como *material* da lei. Polo que se refire á inconstitucionalidade *material* a principal razón do recurso é que a lei crebaría a protección constitucionalmente exixíbel da vida humana (artigo 15 da Constitución)<sup>11</sup>. Para determinar se este artigo foi vulnerado, o tribunal recorre longamente á súa sentenza 53/1985 (recaída sobre o recurso previo de inconstitucionalidade sobre o proxecto de lei orgánica de reforma do artigo 417 bis do Código Penal, referido ao aborto). En concreto, ao fundamento xurídico 7º desta última sentenza que afirmaba:

“los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida”.

Baseando-se nesta consideración, a Sentenza 212/1996 rexeita a obxección xeral á lei 42/1988 baseada na vulneración do contido esencial (artigo 53.1 da Constitución) do artigo 15 da Constitución, segundo o cal “todos” teñen dereito á vida: neste caso o obxecto desta lei non afectaría ao dereito fundamental á vida de “todos”, quer dicir, dos

<sup>9</sup> Salvo nun aspecto que veremos, pero sen excesiva relevancia práctica.

<sup>10</sup> Declárase a inconstitucionalidade de dous incisos. O primeiro sería o que matiza “con las adaptaciones que requiera la materia” ao declarar de aplicación as infraccións e sancións previstas na Lei Xeral de Sanidade. É declarado inconstitucional por non respectar o principio de predeterminación normativa en materia sancionadora, polo que a remisión á Lei Xeral de Sanidade se ten que entender incondicionada. A sentenza de 1999 anulaba tamén un inciso análogo na Lei 35/1988. (Hai que dicir, no entanto, que a propia normativa sancionadora da Lei Xeral de Sanidade resulta moi pouco respectosa do principio de tipicidade á hora de describer as condutas infractoras).

O segundo aspecto no que o recurso é admitido parcialmente refírese ao inciso “o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes” referido á xustificación de determinadas actuacións sobre fetos ou embrións vivos no útero. O Tribunal Constitucional mantén que se trata de unha remisión normativa excesivamente imprecisa, e que só se poderá considerar válida -para cumprir co principio de legalidade- se referida ao aínda vixente artigo 417 bis do derogado Código penal, no referido á despenalización parcial do aborto.

<sup>11</sup> En concreto dicíase que a lei non definía claramente qué se entende por embrión e feto, e non respectaba o contido esencial do artigo 15 da Constitución ao facer susceptíbeis a fetos e embrións do contrato de doazón (artigo 10 da Constitución), e permitir actuacións sobre fetos e embrións aínda estando vivos e con fins non terapéuticos, o que pode conducir á súa morte.

nacidos. A argumentación do Tribunal Constitucional sobre este punto na sentenza 53/1985 -que se reitera na 212/1996- consiste en que no caso da vida do *nasciturus* non se está diante do dereito fundamental á vida, senon perante un *ben xurídico constitucionalmente protexido* que fai parte do contido normativo do artigo 15 da Constitución pero non do seu contido esencial (Fundamento Xurídico 3º). A cuestión será, así, determinar cal é o grao de protección que con base no artigo 15 cabe outorgar a este ben xurídico, para establecer se foi respectado na lei. Neste sentido, tamén segundo a doutrina recollida na Sentenza 53/1985, o Estado ten dúas obrigas con respecto ao *nasciturus*: abster-se de interromper o proceso de xestación e establecer un sistema legal de defensa da vida. Na medida en que -argumenta o Tribunal Constitucional- do exame dos artigos impugnados da Lei 42/1988 non se desprende vulneración algunha destas obrigas, non existen motivos para considerar a súa inconstitucionalidade<sup>12</sup>.

O recurso tamén alegaba inconstitucionalidade *formal*, por canto se tería vulnerado a reserva de lei orgánica establecida no artigo 86.1 da Constitución, ao se regular materias relacionadas coa vida humana (un dereito fundamental) mediante lei ordinaria. Neste punto o razoamento é derivado esencialmente da argumentación material sobre o grao de protección constitucional do *nasciturus*. Lembrando anterior xurisprudencia constitucional, a Sentenza argumenta que a existencia da utilización do procedemento de lei orgánica, por canto exige unha maioría cualificada, ha de ser interpretada restrictivamente e en termos de excepción á regra. Con esta premisa, afirma que na xurisprudencia anterior ven-se entendendo esta reserva de xeito que non se amplie alén do ámbito propio do dereito fundamental en cuestión. Ámbito que, segundo a interpretación xa exposta, sobarda a protección do *nasciturus*, por máis que esta tamén se basee no artigo 15 da Constitución.

En definitiva, a sentenza de constitucionalidade recaída sobre a Lei 42 mudaba en moi pouco o seu contido normativo. Doutro punto de vista, a efectos prácticos a mudanza era aínda menor, pois aínda que os dous puntos nos que o tribunal emendaba a lei o facía desde unha perspectiva escrupulosamente *garantista*, é seguro que a efectos de interpretación o resultado fose insignificante aínda de se chegar a dar o caso, xa que é difícil que un operador xurídico calquer tivese acadado a solucións interpretativas diferentes das que se derivan do novo contido destes artigos.

Cousas moi similares se poden dicir da Sentenza 116/1999 recaída sobre o recurso de inconstitucionalidade que pesaba sobre a Lei 35/1988. A sentenza rexeita a impugnación global da lei e só admite parcialmente unha das alegacións, anulando o inciso "Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia" na remisión á Lei Xeral de Sanidade. No entanto rexeita todas as outras alegacións, ao reiterar en boa medida os argumentos xa adiantados na Sentenza 212/1996. En concreto, segue a doutrina xa expresada no que quizais son as dúas cuestións centrais do punto de vista respectivamente *formal* e *material*: do punto de vista *formal*, ao rexeitar a necesidade de que a lei tivese sido tramitada como lei orgánica, e no que se refire á cuestión *material* ao tratar da protección do embrión humano.

Con respecto á sentenza anterior, existen algunhas novidades, xa que fora do que é a cuestión da protección dos embrións, a reprodución asistida suscita outros problemas. Sen embargo, tamén neste caso se rexeitan todas as alegacións de inconstitucionalidade.

---

<sup>12</sup> Unha das cuestións que o recurso impugnaba, era a distinción entre embrións viábeis e non viábeis, atribuíndo-lles diferentes tratamentos xurídicos. No entanto o tribunal considera que desde o momento en que as actuacións previstas con respecto aos embrións e fetos viábeis van todas encamiñadas a preservar a súa viabilidade, tampouco hai motivos de inconstitucionalidade. E con respecto aos fetos inviábeis, por definición, non poden ser cualificados como *nascituri* (Fundamento Xurídico 5º). Tampouco se considera motivo de inconstitucionalidade o que determinadas interdiccións establecidas na lei non se vexan reforzadas con unha sanción penal (Fundamento Xurídico 10º).

nalidade. Así, para o Tribunal Constitucional a Lei 35/1988 non desnaturaliza o concepto de familia como pretendían os recorrentes, por canto “o concepto constitucional de familia posúe perfís notoriamente máis amplos que os considerados como tais polos recorrentes”, que se centraban na familia matrimonial con fillos.

Por outra parte, o Tribunal Constitucional non ve problema na protección do anonimato do doante recollida na Lei 35/1988, apesar de que o artigo 39.2 da Constitución establece que “a lei posibilitará a investigación da paternidade”. Aínda contando con esta referencia constitucional explícita, o Tribunal salva-a considerando que non se está a establecer nela un “dereito incondicionado” polo que a investigación pode ser limitada se hai razóns suficientes que o xustifiquen<sup>13</sup>. A esta sentenza tamén lle foron feitos dous votos particulares.

En definitiva, cunha demora que xa parece ser parte inseparable desta historia normativa, as dúas sentenzas do Tribunal Constitucional non significaron troco algun na orientación da regulación, por máis que despexaron dúbidas sobre a súa constitucionalidade. Sen embargo -nen debería ser necesario lembrá-lo- isto non significa que esta sexa a única opción normativa ao respecto que cabe na Constitución. O que significa é que calquer tentativa de reforma deste réxime -ela mesma susceptible de xuízo de constitucionalidade- haberá se suscitar desde unha opción plenamente político-valorativa, non desde a obxección de constitucionalidade.

#### 4. UNHA CURTA HISTÓRIA XUDICIAL.

Polo momento, todo o que se leva dito sobre estas leis ten sido feito desde unha perspectiva puramente normativa e interna a elas mesmas, introducindo como moito algúns aspectos externos referentes á súa xénese. Mais inclusive no referido á avaliación da súa constitucionalidade permaneceu-se nun plano no que a interpretación desas leis -e o seu confronto constitucional- era feita en abstracto, sen referencia á súa aplicación a algun caso concreto. Neste sentido, os xuízos sobre a *eficacia* e a *efectividad*<sup>14</sup> da norma ían referidos á tardanza e á ausencia nalgúns casos de desenvolvemento regulamentar, na medida en que isto constituía unha condición necesaria para as mesmas. Sen embargo, para unha avaliación completa da efectividade e da eficacia, o desenvolvemento regulamentar é apenas unha condición necesaria, pero non suficiente, polo que haberán de ser examinados outros aspectos. Neste sentido, o exame da aplicación xudicial destas leis, pode dar indicios para a avaliación da eficacia e efectividade destas normas. E pode dá-los na medida en que representa nuns casos unha forma de aplicación coactiva das normas (que é unha das posibles formas de aplicación) e noutros un modo de resolución de conflitos. Tanto nun como no outro caso é indicativo da forma en que esas normas teñen incidido na realidade social que pretendían disciplinar.

Por outra parte, o exame da aplicación xurisprudencial destas normas ofrece un beneficio máis obvio e de utilidade tanto da perspectiva do labor dogmático como para

<sup>13</sup> Considero que esta é unha interpretación algo forzada deste precepto constitucional. Existen fórmulas que permitirían salvar este dereito á investigación da paternidade de forma máis adecuada ao contido constitucional. Expoño-o polo miúdo en *Reproducción, Poder y Derecho*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 120 e ss.

<sup>14</sup> Seguindo a definición destes conceptos que dá J. R. Capella en *Elementos de análisis jurídico* (Madrid, Trotta, 1999), por *eficacia* de unha norma xurídica con respecto a un fenómeno empírico entenderíase a capacidade da norma para funcionar como determinante causal dese fenómeno, polo que se trata de unha relación material referida ao impacto da norma no universo social. Por *efectividad* entenderíase un caso particular do anterior, como é a produción dos efectos esperábeis polas normas no seo das institucións xurídicas, quer dicer, especialmente no aparello do poder público. Neste sentido, unha norma é efectiva cando como cuestión de facto os funcionarios a obedecen e tenden a sancionar a quen a contraveña.

unha perspectiva xurídica *realista* interesada en determinar cal é realmente o dereito que se aplica. Através deste exame é posíbel, ademais, detectar problemas interpretativos (mesmo hipotéticamente constitucionales) que se podan escapar a un exame abstracto, polo que tamén é posíbel desde aquí requintar a análise e a crítica normativa.

Pois ben, a historia da aplicación nos tribunais desta leis é limitadísima. O único caso salientábel que se leva producido tivo lugar perante un xulgado de primeira instancia de Mataró e na posterior apelación perante a Audiencia Provincial de Barcelona<sup>15</sup>. Traba-se dun caso de xurisdicción voluntaria relativo a unha petición para poder realizar unha selección do sexo da descendencia<sup>16</sup>.

Moi resumidamente, o caso consistiu en que en agosto de 1990 un xulgado de Mataró autorizaba a realización dunha selección de sexo (en aparente contradicción coa prohibición legal). Tres meses despois, perante un recurso do Ministerio Fiscal, a Audiencia Provincial de Barcelona dictaba un auto en sentido contrario, no que revocaba a decisión de instancia<sup>17</sup>. De forma absolutamente sumaria, a argumentación do auto do Xulgado baseaba-se en que apesar da sanción que leva aparelada a selección de sexo, esta sanción se exclue -segundo se recolle na lei- no caso de que a selección sexa realizada "por motivos terapéuticos". A particularidade da súa interpretación era entender -segundo a argumentación da solicitante- que estes motivos non se refiren só á posíbel descendencia (para evitar a transmisión de enfermidades ligadas ao sexo) senón tamén á nai. Dado que a solicitante presentaba un cadro depresivo polo feito de ter tido cinco fillos varóns e desexar unha nena, entendíase -con apoio de diferentes informes periciais- que a selección de sexo podía significar un meio terapéutico. Se esta argumentación significaba unha volta de torca imprevisíbel da lei, a argumentación do Ministerio Fiscal para se opor aínda era máis ensarillada. Aproveitando o alegado pola solicitante e o recollido nos informes periciais, alegaba-se que non se podía permitir o acceso desta muller á reprodución asistida, xa que a lei exixía "un bon estado de saúde psicofísica" para que a unha muller pudesen ser sometida a estas técnicas, o que era desmentido na propia solicitude. Por outras palabras, tentaba voltar os argumentos da solicitante contra as súas propias pretensións. O Auto da Audiencia Provincial, acollendo esta argumentación, engadía ademais que os motivos terapéuticos non podían ser en nengun caso referidos á nai, senón só á descendencia, polo que se rexeitaba a pretensión.

Tanto unha argumentación como outra resultan canto menos sorprendentes. Velaquí que, chegado o momento da aplicación práctica da lei nos tribunais púdo-se comprobar como mesmo nun punto no que a opción lexislativa parecía estar clara, na realidade surxían problemas interpretativos inesperados. Creo que tais problemas hai-nos que atribuir en parte á deficiencias na redacción da lei, pero tamén a unha certa inconsistencia e a certas aporias no seu esquema xeral de solución dunha cuestión cen-

---

<sup>15</sup> Chegou a se interpor un recurso de casación, que no entanto non foi admitido a trámite por canto se tiña reformado a Lei de Axuizamento Civil no sentido de non admitir este recurso nos procesos de xurisdicción voluntaria.

<sup>16</sup> Fora deste, só podo sinalar outro caso -e afectando moi colateralmente á cuestión- nunha Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza do País Basco no relativo ao reintegro de gastos de tratamento de reprodución asistida.

<sup>17</sup> Comentario sobre este caso atopan-se en J. Vidal Martínez, "Elección de sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Revista General del Derecho* nº 59, 1991, pp. 2535-2545 (e máis brevemente en "Las técnicas de reproducción asistida en el derecho español", en J. Vidal (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998, pp. 54-151); e C. Hernández Ibañez, "Selección del sexo y derechos de la persona", en *La Ley*, 2º, 1992, pp 965-969. O texto completo do Auto da Audiencia Provincial de Barcelona recolle-se en C. Romeo Casabona (ed.) *Código de Leyes sobre Genética*, Universidad de Deusto-Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, 1997, pp. 814-820.

tral como é a do o acceso á reprodución asistida, que nesta lei se vincula confusamente á infertilidade<sup>18</sup>.

Da Lei 35/1988 ten-se dito que era confusa e que non resolvía determinadas cuestións especialmente difíceis. Mais nesta ocasión ocorria iso inclusive nunha cuestión que aparentemente estaba clara e na cal o modelo acollido parecía inequívoco. Así pois, as carências da lei ficaban postas de manifesto mesmo neste punto (que hai que admitir que non estaba o suficientemente claro). Ademais, que a aplicación práctica puxese en evidencia carências legislativas tiña a agravante de que se trataba precisamente do primeiro caso no que se acodía aos tribunais. Se a historia xudicial destas leis era curta, tampouco se podía dicir que fose demasiado gloriosa.

Mais, desde unha perspectiva máis ampla, en qué sentido cabe interpretar que teñan chegado aos tribunais tan poucos casos relativos á reprodución asistida ou á doazón de embrións? E, xa que estamos a avaliá-las, qué significado ten este feito con relación a estas leis? Significa que a lei ten logrado clarificar un marco de actuación que guía estas prácticas sen xerar conflitos? Significa polo contrario que a práctica social da reprodución asistida segue un camiño tan alonxado da legalidade que a lei nen sequer é referente? E, se é isto último, o desencontro entre realidade e legalidade significa simplemente que estas leis (e a normativa que as desenvolve) non teñen conseguido conformar aos seus principios unhas prácticas sociais que se moven con autonomía, ou chega-se até o punto de que se produzan abertas vulneracións da lexislación?

## 5. UNHA HISTÓRIA SOCIAL PARALELA.

Na realidade estas preguntas non se poden respostar categoricamente, porque non existen datos suficientes sobre as prácticas reais que poder contrastar. Desde os centros nos que se practican estas técnicas non sempre existe interese en proporcionar datos contrastábeis sobre as prácticas (por non dar publicidade procedimentos controvertidos, para fomentar o coñecemento dos éxitos pero non dos fracasos, etc.) e desde a administración, salvo excepcións, tampouco se ten efectuado un labor sistemático de recollida de datos. Por esta razón tentará-se albiscar cal é a situación a partir da explicitación de algúns guías necesariamente non cuantitativos.

- *A propia ausencia de datos sobre as prácticas é un exemplo da inefectividade do corpo normativo.* Dá-se o paradoxo de que as prácticas de reprodución asistida e relacionadas con embrións extracorpóreos que se realizaban en España eran mellor coñecidas antes da aprobación da lexislación sobre a materia que despois, apesar de que un dos obxectivos da mesma era o control administrativo desas prácticas. Efectivamente, antes da aprobación da lei, e con motivo do seu estudo, recopilaron-se unha serie de datos sobre as prácticas de reprodución asistida que se estaban a realizar, o que permitiu coñecer aproximadamente o estado da cuestión.

Acadar o obxectivo dun control administrativo sobre determinados aspectos das prácticas pasaba pola previsión do exercicio de potestades de autorización, inspección e sanción con respecto aos diferentes centros nos que se realizasen estas prácticas, e presupuña o mantimento de unha serie de rexistros e do establecemento dunha serie de requisitos para a autorización das diferentes actividades, sendo especialmente exixentes para o caso dos proxectos de investigación. O feito da xa mencionada tardanza no desenvolvemento regulamentar provocou que a información oficial de que se dispuña

<sup>18</sup> Non é posíbel -por razóns de espazo- desenvolver aquí este argumento. En xeral, sobre a cuestión da infertilidade como elemento lexitimador/limitador con respecto ao acceso ás técnicas de reprodución asistida, podc-se consultar o capítulo IV de *Reproducción, Poder y Derecho*, cit., pp. 157 e ss.

nos anos seguintes á aprobación das leis fose mínima, e mesmo inferior á que se tiña con anterioridade. Deste xeito, polo menos un dos obxectivos desta lexislación vía-se frustrado pola falla de vontade dunha administración incumplidora da lei. Só nos últimos anos se ven retomado esta actividade de control, pero sen se ter completado sequer o deseño dos órganos previstos, como se verá no seguinte punto<sup>19</sup>.

- *Todo o entramado de control administrativo deseñado por estas leis non se ten posto completamente en funcionamento.* Os problemas expostos no punto anterior non só se limitan a unha caréncia de información, senon que inciden sobre o control da adecuación dos centros e das prácticas aos principios estabelecidos legalmente. O réxime competencial deseñado por estas leis (e o que se deriva do réxime xeral de distribución competencial en materia de sanidade) outorgaba a diferentes administracións e autoridades administrativas independentes as potestades e exixencias de control con respecto ás prácticas tanto clínicas como de investigación. O esquema xeral resulta de unha certa complexidade e fragmentariedade, pero alén diso o certo é que aínda non se ten posto a pleno rendimento, o que xera por un lado a ausencia de información mencionada, e por outro desigualdade e fragmentariedade no control administrativo de adecuación das prácticas aos principios legais.

No esquema de distribución competencial, a Administración Central (o Ministerio de Sanidade) fica encargada de realizar o desenvolvemento regulamentar e con el de establecer os padróns polos que exercer as potestades de control, así como de exercer un labor de coordinación interterritorial. O elemento clave para o exercicio destas potestades pasa pola creación do Rexistro de doantes de gámetas e preembrions con fins de reprodución humana previsto na lei. Trátase dun rexistro único centralizado a nivel de Estado que está formado polos rexistros de cada un dos centros. Contodo, e sen prexuízo da confidencialidade e secreto que exixen este tipo de rexistros, desde ahí se realiza o seguimento unicamente dos doantes a efectos de control do número de fillos ou a efectos sanitarios, pero non un rexistro das actividades dos centros. Posteriormente, o desenvolvemento da normativa preveu o establecemento de outros dous rexistros centralizados criados a partir da información fornecida polas Comunidades Autónomas: o de Centros e Servizos Sanitarios relacionados coas técnicas de reprodución asistida, e o de indicadores de actividade destes centros. Trátase duns rexistros de maior interese para o control da calidade dos servizos ofrecidos e para unha maior garantía para os usuarios<sup>20</sup>.

Pola súa parte, as Administracións autonómicas serían en principio as que exercen directamente as potestades de autorización e inspección con respecto aos diferentes centros, esencialmente no referido ás prácticas clínicas. Igualmente, serían as encargadas de soste-lo os rexistros que fornecerían os datos aos rexistros centrais.

Finalmente, criábanse dous organismos, a Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA) e Comisión de doazón e utilización de embrións. Ademais de exercer outro tipo de funcións, fundamentalmente de tipo consultivo, significaban tamén autoridades administrativas independentes con potestades de autorización que lle podían ser delegadas por parte da administración no referente a proxectos de investigación, e con capacidade para dictar criterios para o funcionamento dos centros.

---

<sup>19</sup> Conta-se xa -como se verá- con un rexistro bastante aproximado dos centros existentes, pero non dos indicadores da súa actividade. Neste sentido, o número de centros autorizados en España a finais de 1998 era de 114, dos caís apenas 15 eran públicos, cunha distribución xeográfica irregular.

<sup>20</sup> Segundo reconece no seu primeiro informe anual a CNRHA, o rexistro de centros ten sido finalmente posto en marcha e resulta fiable no relativo aos centros nos que se practica a fecundación *in vitro* ou que son bancos de semen, pero non para centros nos que se realiza inseminación artificial, cuxa práctica é posible con pouca dotación técnica. Polo contrario, o rexistro de indicadores de actividade aínda non funciona normalmente.

Na longa ausencia de desenvolvemento regulamentar destes aspectos (quer dicir, por mor da falta de vontade por parte da administración central) todos estes labores teñen ficado en moi boa medida á vontade das administracións autonómicas. Neste sentido é de destacar o caso de Cataluña, onde xa desde 1991 se regulou o réxime de autorización administrativa dos centros e servizos que realizan técnicas de reprodución asistida<sup>21</sup> e desde 1992 existe unha Comisión Asesora sobre técnicas de reprodución asistida<sup>22</sup>. Mais este ten sido un caso excepcional. Por exemplo a actividade da Xunta de Galicia ten sido máis tardía (posterior en calquer caso ao desenvolvemento regulamentar) e só desde 1998 se inclúe por primeira vez no Plano de Inspección Sanitaria un programa específico sobre “inspección dos centros de reprodución asistida humana”.

Na realidade, todo isto está referido á reprodución asistida. No caso da doazón e utilización de embrións humanos, o réxime é análogo, pero o nivel de desenvolvemento regulamentar (incluíndo a criazón da Comisión Nacional) é aínda máis baixo, polo que a capacidade de incidir e de avaliar a adecuación das prácticas á legalidade é aínda máis limitado.

*- As prácticas reais -con independéncia da súa legalidade- tenden a desprazar ou a modificar a normativa.* Isto é tamén un fenómeno paradóxico. A pretensión destas leis -implícito no mesmo feito da súa existencia- era incidir nas prácticas para adecuá-las a unha serie de principios e normas. Sen embargo, o resultado final ten sido en certa medida o inverso, xa que a propia normativa se ten ido adaptando ás prácticas vixentes. Un exemplo claro é o do desenvolvemento regulamentar, que rebaixou o nivel de exixencia con respecto aos centros. Non hai que extender-se nisto, pois moitos destes aspectos xa teñen sido mencionados na avaliación global do desenvolvemento regulamentar: o respecto polos principios legais bordea-se en ocasións, introducindo sesgos referentes á infertilidade que afondan máis na “medicalización” do que o fai a propia lei; a regulación con respecto aos requisitos de autorización limita-se a convalidar a realidade existente; e nalguns casos “autorizan-se” prácticas non permitidas legalmente (como a mencionada utilización de gámetas doadas procedentes de outros países).

Algúns das modificacións propostas polo informe da CHRHA parecen ir tamén nesta vía. Así, suxírese mudar principios da lei para adaptá-los a determinadas prácticas reais que se admite que son diferentes ás que a lexislación prescribese. Este é o caso, por exemplo, da gratuidade das doazóns, un principio claramente establecido nestas leis (e irrenunciábel segundo a STC 212/1996) pero que a CNRHA propón modular para adapta-lo a unha situación real no que se está a dar o pago.

Poderíanse mencionar máis exemplos (como o da conxelación de óvulos) pero o importante é salientarse o fenómeno. A normativa legal nalgúns casos está a influir nas prácticas reais (veremo-lo nun seguinte punto), pero o certo é que existen prácticas que bordean ou ultrapasan a legalidade; e o fan de tal xeito que non provocan unha reacción que as adapte á mesma (como sería esperábel desde unha análise normativa). Polo contrario, estas prácticas logran, en primeiro lugar, pervivir sen reacción xurídica e, en

<sup>21</sup> Decreto nº 123/1991, de 21 de maio, DOC de 7 de xuño de 1991 nº 1452, RCL Cataluña 1991, 229.

<sup>22</sup> Criada por Orde de 25 de maio de 1992 do Departamento de Sanidade e Seguridade Social (DOC de 17 de xuño nº 1608, RCL Cataluña 1992, 302). Entre as súas funcións están fundamentalmente as consultas, aínda que tamén se recolle a de elaborar os listados de enfermidades xenéticas e hereditarias que podan ser detectadas con técnicas de diagnóstico preimplantatorio. Neste caso trata-se ben dunha extralimitación das súas funcións ou ben un cometido novamente limitado ao asesoramento (vexa-se nota nº 5), xa que segundo a letra d) da disposición final primeira da Lei 35/1988 tería que ser o goberno mediante Real Decreto o que a promulgase (novamente coa salvidade de que tería que te-lo feito en seis meses, polo que mesmo se podería pensar que o transcurso do prazo habilita a outra administración a elaborá-la). A existencia de Comisións autonómicas está prevista na Disposición Final cuarta da Lei 35/1988, e segundo o artigo 12 do RD 415/1997 terán a consideración de comisións de “suporte e referencia” con respecto á Comisión Nacional.

segundo lugar, constituir unha forza de suficiente entidade como para promover a reforma das normas que presuntamente as haberían de regular. Esta reforma realiza-se ben por medios informais (e estritamente antixurídicos, como o do exemplo mencionado), ben por medios formais, no caso de se acabar realizando unha reforma da lexislación.

En calquer caso, que isto sexa así, é desde logo ilustración de un considerábel nivel de ineficacia da lexislación, na medida en que as súas normas e principios non se cumpren. As razóns son tanto o propio incumprimento por parte da administración (inefectividade), como o poder e capacidade que teñen determinados actores para se sustraeren das consecuencias do incumprimento e para facer deste un factor de modificación das normas.

- *Non hai noticia de que se teñan producido sancións*<sup>23</sup>. Isto non fai senon confirmar o expresado no punto anterior. Pouco a pouco van-se establecendo os mecanismos de control e inspección dos centros e das prácticas por parte das Comunidades Autónomas. Sen embargo, até o momento non semella que se teñan producido sancións, aínda tendo en conta que hai indicios suficientes como para pensar que se levan producido actos contrarios á lei e tipificados como infraccións.

- *Hai noticia, no entanto, de posibles infraccións*. Efectivamente, hai os indicios suficientes, como para constatar a existencia de prácticas contrarias ás normas e principios recollidos na lexislación na materia. Trátase de prácticas que ou ben constituirían infraccións sancionábeis administrativamente (e inclusive penalmente), ou ben serían directamente contrarias a algunha disposición recollida na lexislación, aínda que non estexa prevista expresamente unha sanción. Poden-se citar canto menos catro exemplos:

a) A oferta e a xestión para o acceso á maternidade de aluguer no estranxeiro por parte de algúns centros españois. Non é un secreto (ten aparecido en xornais e en reportaxes televisivas) que determinados centros de reprodución asistida españois ofertan e xestionan a parellas españolas a contratación de nais de aluguer a medio de axencias situadas noutros países (normalmente Estados Unidos), para deste xeito sortear a lexislación española, na que este tipo de contratos son nulos de pleno dereito. Hai que sinalar que a Lei 35/1988 non prevé ningunha sanción para esta conduta; sen embargo, como veremos nun punto posterior, podería ser constitutiva de delito de recepción de un menor mediando compensación económica do artigo 221.2 do Código penal (do que serían suxeitos activos as persoas que receban o menor e os intermediarios).

b) O pago polas doazóns de gámetas. Que se paga polas “doazóns” de semen e óvulos é un feito coñecido, pois mesmo teñen aparecido anuncios na prensa nos que se fala dunha “compensación económica”, que é duns poucos miles de pesetas no caso do semen e superior ás cen mil no caso de óvulos. Tampouco esta conduta está expresamente recollida na Lei 35/1988 como constitutiva de unha infracción, pero está expresamente excluída polo seu artigo 5<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Podemos entender por sancións tanto as estritamente consideradas como tais pola lexislación, canto -nun sentido amplo- a posibilidade de revocar a autorización a un centro, prevista no RD 413/1996.

<sup>24</sup> O artigo 5.1 di que “é un contrato gratuito” e o 5.3 que “a doazón nunca terá carácter lucrativo ou comercial”. Sen embargo o artigo 20 non a inclúe entre as infraccións, polo que non parece existir ningunha consecuencia para o incumprimento deste requisito. Aínda que o artigo 20.2.A.b) recolle como infracción grave a vulneración do establecido na lei no tratamento dos usuarios, non se pode considerar que afecte ao pago, pois nen os doantes son “usuarios” (a efectos da lei) nen a doazón é unha actividade de “tratamento”. Unicamente bascando-se na Lei Xeral de Sanidade (aplicábel en materia de sanción segundo o artigo 20.1 da Lei 35/1988), podería-se considerar que se tratase de unha infracción leve do artigo 35.A).1º, como “simples irregularidade na observación da normativa sanitaria vixente, sen transcendencia para a saúde pública”, pero aínda así esta é unha interpretación forzada e cuestionábel.



c) A crioconservación de óvulos. Teñen-se producido algunhas experiencias de conxelación de óvulos e da súa posterior utilización para a reprodución en algúns centros españois. Sen embargo, o artigo 11.2 da Lei 35/1988 prohibe a “crioconservación de óvulos con fins de Reprodución Asistida, en tanto non haxa suficientes garantías sobre a viabilidade dos óvulos despois da súa desconxelación”. Isto non significa que a experimentación consistente na crioconservación de óvulos estexa prohibida, xa que de feito o artigo 14.2 a autoriza expresamente; sen embargo, o artigo 14.3 prohibe que os gámetas usados para investigación e experimentación sexan utilizados para orixinar preembrións con fins de reprodución. Polo tanto, facer isto, constituiría unha infracción moi grave segundo a letra x) do artigo 20.2.B).

Podería-se pensar que a condición da prohibición desta conduta (mentres non haxa suficientes garantías de viabilidade) ten desaparecido polos avances técnicos. Se isto fose así, a conduta non estaría prohibida, e ademais non constituiría unha actividade de investigación e experimentación, polo que non rexeiría a prohibición do artigo 14.3 e consecuentemente a conduta xa non sería obxecto da infracción da letra x) do artigo 20.2.B). Non obstante, aínda que a técnica de conxelación de óvulos se teña desenvolvido desde a aplicación da lei, a propia CNRHA (partidaria, por outra parte, de fomentar controladamente a investigación nesta técnica) afirma literalmente que “el nivel alcanzado por las investigaciones en estas materias (...) no permite afirmar que exista todavía una evidencia suficientemente amplia como para considerar que se dan con carácter general las garantías que exige la Ley para la realización de estas prácticas”<sup>25</sup>. Ademais, a CNRHA pronuncia-se pola necesidade de que -por unha exigencia de segurancia xurídica- fose unha norma polo menos con rango de Real Decreto a que eventualmente levantase de forma explícita a prohibición temporal da lei. Mesmo se podería manter a necesidade de que fose mediante reforma do propio artigo 11<sup>26</sup>.

d) A situación dos embrións almacenados. Neste punto é preciso simplemente mencionar que algúns preceitos da lei non se teñen seguido en boa medida pola imposibilidade ou gravosidade de segui-los, debido ás súas deficiencias. Neste sentido, na práctica ten-se superado en numerosísimas ocasións o límite legal máximo de cinco anos para o almacenamento de preembrións. Pero o grande problema é que non está previsto qué facer despois dese prazo<sup>27</sup>.

- Hai indicios de que nalgunha medida a lexislación ten conformado en algo as prácticas. Até aquí levamos visto exemplos de prácticas alleas ou contrarias á lexislación que non só non provocan unha reacción institucional, senon que en lugar diso están a forzar a reforma da lei (formal ou informal) ou a súa inefectividade e ineficacia. Nalgúns destes casos trata-se de mecanismos que permiten adaptar determinados aspectos da lexislación a unha realidade cambiante e non prevista no momento da aprobación das leis. Pero outros casos o que ocorre é que se forza a imposición de outras opcións distintas ás escollidas pola regulación legal, por mor do poder que determinados colectivos teñen para impoñé-las.

Sen embargo, tamén existe a outra cara da moeda, na que se pode constatar que esta lexislación non ten sido totalmente ineficaz<sup>28</sup>. A avaliar estes aspectos se adica este

<sup>25</sup> Informe da CNRHA, cit., p. 17.

<sup>26</sup> Entrar nesta discusión sería arduo, e pasaría por determinar se a condición do artigo 11 é unha habilitación para que se levante a prohibición mediante unha norma de rango inferior, ou se simplemente se trata de unha xustificación da prohibición incorporada á lei sen maior trascendencia normativa. Tendo en conta a deficiente técnica lexislativa e o carácter máis retórico que destinado a unha finalidade práctica que se desvela nesta lei, esta última interpretación é máis acaída.

<sup>27</sup> Grande parte do informe da CNRHA viña referido a esta cuestión.

<sup>28</sup> Como tampouco absolutamente inefectiva (aplicou-se mesmo nos tribunais).

ponto e o seguinte. Para valorar a eficacia da lei hai que facé-lo atendendo exclusivamente aos aspectos nos que esta supoña unha modificación ou adaptación de unha situación que se daría ou que se daba sen a súa existencia. É claro que moitos outros aspectos da lei serán seguidos, na medida en que non serán vulnerados. Pero parte destas condutas respeitosas coa norma son-no con relativa independencia de que a norma exista; quer dicir, non serían distintas no caso de que non existise, polo que non resultan relevantes para unha avaliación da “eficacia”. Existe, con efecto, un grupo de condutas que serían exactamente iguais aínda que non houbera lei, ben sexa porque constitúen as formas en que “espontaneamente” se organizan as prácticas, ben sexa porque existen outras formas de regulación que as imponen (usos médicos, p.e.), ou ben sexa porque veñen avaladas por outras normas xurídicas (ou mesmo por unha xuridicidade difusa presente nas regras de contratación e intercambio). Pero isto non é relevante para avaliar a eficacia destas normas, senon que o relevante son aquelas condutas e formas que a norma consegue mudar. Non necesariamente pola ameaza coactiva de unha sanción - pois en xeral é moi significativo do punto de vista cuantitativo o cumprimento espontáneo das leis- pero si en calquer caso a causa da existencia da lei.

Medir a “eficacia” tomada neste sentido é difícil, xa que nunca se pode estar completamente seguro de que sexa a norma a que provoca ou forza o comportamento. Sen embargo si é posíbel atopar indicios, que para o punto de vista non cuantitativo que estamos a adoptar poden ser suficientemente ilustrativos. Como elementos de comparación, poderían-se tomar a situación existente antes da aprobación das leis, e -de forma indirecta- as prácticas existentes en países nos que non existe regulación xurídica.

Tomando este segundo punto de referencia pode-se pensar na comparación con países relativamente próximos (non só xeograficamente) onde a aprobación de lexislación sobre reprodución asistida e utilización de embrións se ten demorado máis que en España, como son os casos de Bélxica e Italia. No caso de Bélxica, por exemplo, converteu-se nun país ao que ían mesmo persoas do Reino Unido (cunha lexislación sumamente permisiva en comparación co resto de países europeos) a realizar certas prácticas como a fecundación *post mortem*<sup>29</sup>. Italia, pola súa parte, chegou a ser alcumada como o “Far West” europeo da reprodución, diante da falla de referencias normativas que se traducían na existencia de prácticas moi variadas e cuestionábeis<sup>30</sup>. Se tomamos estes casos en comparación co español, poderíamos concluir que a lexislación española ten tido unha certa eficacia, polo menos na vía de previr certas prácticas especialmente controvertidas<sup>31</sup>. (Poderíamos mesmo concluir que, a estes efectos, a existencia de lexislación, aínda como neste caso con amplas doses de ineficacia e inefectividade, polo menos fornece de certos criterios e evita situacións extremas de descontrol).

Tomando o primeiro punto de referencia proposto, a situación previa en España e os trocos nas prácticas anteriores ou esperábeis que presumiblemente ten provocado a lexislación, podemos mencionar dous exemplos xa expostos como indicios de unha eficacia canto menos parcial. En primeiro lugar o exemplo da selección de sexo. No xa mencionado caso resolto pola Audiencia barcelonesa, o propio auto dictado recolle o feito de que o especialista que atendeu á solicitante da selección de sexo declarara que a técnica para lograr este fin resultaba inócua, e que el mesmo a viña aplicando até a entrada en vigor da Lei 35/1988, e a conseguinte prohibición. Non hai que dubidar, canto menos nese caso particular, do respecto pola lei (cuxa vulneración nese punto

---

<sup>29</sup> Fecundación utilizando gámetas ou embrións conxelados procedentes de unha persoa que xa ten falecido.

<sup>30</sup> C. Magnani, “Riproduzione assistita. I limiti del diritto e il diritto come limite”, en *Democrazia e diritto*, Roma, 1/96, pp. 101-125.

<sup>31</sup> Aínda que por exemplo a lexislación española permite a fecundación *post mortem* en certos casos.

constitue unha falta moi grave), xa que de non ser así o caso non tería chegado aos tribunais en xurisdicción voluntaria. Un segundo exemplo pode ser o feito de que se viaxe ao estranxeiro para acceder á maternidade subrogada, o que non tería sentido se non existise unha lexislación que a dificulta en España<sup>32</sup>.

- *O feito de que non se teñan producido demandas civís é seguramente produto da existencia dunha previsión normativa, quer dicer, da propia lexislación.* Até o de agora, nos vimos referindo fundamentalmente á adecuación das prácticas de reprodución asistida (e de utilización de embrións) aos parámetros establecidos na lexislación. Nese ámbito, do que se trata é de que as prácticas se realicen de acordo cos requisitos establecidos normativamente e de que non se realicen prácticas prohibidas de reprodución asistida ou de experimentación con embrións. Os principais destinatarios destes aspectos da normativa son os facultativos e os centros autorizados nos que se realicen estas prácticas, pois son eles os que deberán realizá-las segundo tais requisitos e deberes (administrativos, técnicos, de información aos usuarios, etc.) e dentro dos parámetros do permitido. Igualmente, as eventuais consecuencias do incumprimento da normativa serán neste caso de tipo sancionador (xa sexa mediante sancións administrativas ou penais) e eventualmente indemnizatorio.

Pero hai outra vertente desta normativa que tamén resulta relevante e é a referida ás consecuencias xurídicas (esencialmente xurídico-civís, particularmente referidas á filiación) da realización das técnicas de reprodución asistida. A Lei 35/1988 establece unha serie de normas de dereito privado que regulan as consecuencias e os efectos xurídicos da realización das técnicas de reprodución asistida, e tamén establecen os criterios para a toma de determinadas decisións. Así, temos por un lado as regras de determinación da filiación en determinados casos especiais (utilización de gámetas ou embrións de doantes, fecundación *post mortem*, maternidade subrogada) e por outro as normas relativas ao consentimento para a realización das técnicas, aos requisitos para o acceso ás mesmas, á regulación das doazóns de material reproductor, etc.

Na análise sobre a eficacia deste tipo de normas á luz da conflictividade que se leva producido, o que hai que constatar é que a conflictividade traducida en procesos xudiciais ten sido nula. Se facemos a mesma avaliación noutros países, pode-se comprobar como en xeral a conflictividade xurídica ten sido bastante máis significativa. E aínda que do punto de vista cuantitativo os casos non teñan sido numerosísimos, si que teñen sido especialmente problemáticos e de difícil resolución atendendo ao dereito tradicional sobre filiación, contratos, etc<sup>33</sup>. No caso español é certo que nen sequer antes da aprobación da Lei 35/1988 se tiñan producido conflitos deste tipo (nun momento no que xa non eran infrecuentes noutros países). Sen embargo, non creo que sexa aventurado dicer que a existencia de unha normativa específica sobre esta cuestión -por máis que poda ser criticábel e que non sexa clara nalguns aspectos- ten evitado seguramente que se producisen conflitos ao fornecer canto menos de unha previsión sobre eles. Polo contrario, cando non están previstas estas cuestións, non sempre é posíbel atopar solucións claras e adecuadas desde a normativa tradicional, o que pode ser fonte de conflitos<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Neste caso, viaxando ao estranxeiro e submetendo o contrato a tribunais estranxeiros, elude-se a nulidade de pleno dereito en España. Non se eludiría unha eventual infracción penal 221.2, que inclúe expresamente o caso de que a conduta se realice no estranxeiro.

<sup>33</sup> Os casos teñen sido do máis variados, indo desde a determinación da filiación cando existen conflitos entre a filiación social (ou a buscada) e a filiación biolóxica (ou mesmo cando esta se cinde en varias), até controversias sobre a capacidade de disposición sobre gámetas ou embrións conxelados.

<sup>34</sup> Tamén se ten dito -e non deixa de ser certo- que a lexislación española foi aprobada antes de se daren na realidade estes problemas, e de poder avaliar cais eran realmente estes e cais eran as necesidades de reforma e as solucións acaídas. Sen embargo, non é menos certo que xa se podía contar cunha certa experiencia en casos producidos noutros países, e que -polo menos nestes puntos- a regulación non parece ter producido excesivos problemas prácticos.

## 7. ARMANDO O PUZLE. QUE FUTURO PARA A REGULACIÓN?

Do que se leva visto con respecto á real eficacia e efectividade da lexislación, é posíbel concluir que tanto unha coma outra teñen sido bastante limitadas, moi lonxe de cumpriren as expectativas explicitadas ou implícitas na súa promulgación. Contodo, sería inxusto non recoñecer, na liña das últimas observacións que se veñen de facer, aspectos positivos e puntos nos que sen dúbida a existencia duns criterios normativos aos que se remeter teñen evitado problemas maiores. Moi probabelmente -polo menos esta é a certeza que aquí se matén- aínda que capaz de cumprir esta función preventiva e regulativa de certos conflitos, a lexislación sobre reprodución asistida e sobre utilización de embrións (como en xeral a tentativa de regulación legal sobre os avances das ciencias da vida) non pode cumprir na súa totalidade as demandas regulativas que en ocasións se lle dirixen, pola manifesta desproporción entre estas e os propios presupostos estruturais (e en certa medida, doutro punto de vista, axiolóxico-constitucionais) sobre os que se asenta. Pero aínda asumindo estes límites, non habería por outra parte nada que fixese imposible un maior compromiso dos poderes públicos para polo menos cumprir aqueles compromisos legalmente asumidos (o que -como se viu- non ten sido o caso). Do que se leva exposto, non se pode dicir que a historia desta normativa teña sido exemplar neste sentido durante a primeira década da súa existencia, aínda recoñecendo os avances dos últimos anos.

Se botamos agora a vista adiante, podemos preguntarnos cais poden ser algunhas claves para o futuro desta regulación. Respostar a isto taxativamente é imposible, porque non se poden prever -para comezar- os camiños que seguirán os avances científicos e, neste sentido, que novos problemas suscitarán neste ámbito. Pero si que se poden apuntar algúns temas que xa hoxe en día están na axenda do debate, ben porque se teña cuestionado a súa regulación, ben porque sexa previsíbel que se agudicen os problemas en torno a eles. Non son as que aquí se mencionarán, naturalmente, as únicas cuestións debatidas nen debatíbeis, pero con elas é posíbel apuntar algúns trazos de cara ao futuro, nestes momentos nos que se ten despedido finalmente a incógnita da constitucionalidade da Lei 35/1988. As cuestións que aquí trataremos nesta perspectiva son a selección de sexo, a maternidade subrogada, o pago polas doazóns e a clonaxe<sup>35</sup>.

### a) A selección de sexo.

Como se lembrará, a selección de sexo foi a cuestión arredor da que xiraba a principal cuestión suscitada perante os tribunais relativa á reprodución asistida. Por certo, que ao fin deste caso pudo-se comprobar que mesmo nun punto no que parecía clara a opción escollida polo lexislador, suscitábanse unha serie de problemas de interpretación considerábeis que puñan en causa mesmo a coherencia desta opción ou polo menos da corrección do modo en que esta se concretara. No entanto, para alén destes problemas

---

<sup>35</sup> Existe outra grande cuestión que non vai ser tratada aquí por falta de espazo, xa que a mera exposición do tema exixiría un tratamento autónomo. Trata-se da cuestión dos embrións, tanto no que respecta ao futuro dos embrións crioconservados, como a posibilidade de utilización de embrións para a investigación. O primeiro problema foi abordado polo primeiro informe da CNRHA, e o segundo é previsíbel que sexa tratado nos seguintes informes. O primeiro problema suscita-se desde o momento en que se permite a crioconservación de embrións fecundados *in vitro* que non foron transferidos ao útero, pero establecendo un prazo máximo de cinco anos para o almacenamento, sen que estexa moi claro qué facer unha vez transcorrido ese prazo. De tal magnitude é o problema que se calcula que o número de embrións crioconservados en España ronda os 25.000, dos cais arredor do 15% xa terían superado o prazo máximo de cinco anos á altura de 1998. É de salientar que entre as propostas da CNRHA figura -entre outras medidas- unha proposta de reforma da Lei 35/1988 neste punto, ampliando o prazo máximo de mantimento e embrións crioconservados e vinculando este prazo de forma máis flexíbel á idade da nai.

que a lei presentaba, o caso tamén suscitou outra cuestión de maior calado: está xustificada a prohibición xeral da selección de sexo? Porque, con efecto, esta liña de prohibición xeral ten levantado algunhas críticas<sup>36</sup>, que esencialmente cuestionan que estexa xustificada a limitación xurídica desta práctica e en tal sentido, o contido da lexislación española sobre o particular. Non se pode dicir, de todas formas, que se trate de unha cuestión que teña xerado un importante debate social, máis alá do momento no que as distintas resolucións xudiciais do caso levantado en Mataró saltaran aos medios de comunicación. Pero quizais non sexa excesivo conceder aos críticos que se trata de unha das cuestións -se non pendentes, si controvertíbeis- que suscita a lexislación española sobre reprodución asistida. Mesmo para manter a limitación e a prohibición xurídica, podería ser convinte explicitar os argumentos e valores que a sosteñen. Sobre todo, na medida en que isto pode prefigurar cuestións relativas ao alcance da elección e modificación dos rasgos dos descendentes, sen dúbida unha cuestión que se discutirá no futuro.

Entre as razóns que se teñen dado contra a prohibición da selección de sexo salientaría: a) a incoherencia da prohibición con respecto á falta de control da selección de sexo por medios naturais; b) a desproporción desta prohibición cando é posíbel (legalmente) realizá-la de forma máis gravosa e traumática a meio do aborto; c) a prohibición supón unha vulneración do dereito á reprodución e das liberdades reproductivas; d) a posíbel inconstitucionalidade da prohibición; e) a ausencia de consecuencias prexudiciais da selección e as eventuais consecuencias positivas da permisión (cualidade de vida); f) as consecuencias prexudiciais da prohibición (é un paso importante cara ao intervencionismo sobre cuestións íntimas e non é útil para finalidades tais como a prevención do sexismo).

Entre as razóns a favor da prohibición, salientaría: a) non se debe xogar a ser deuses; b) a selección de sexo é contraria á dignidade humana; c) a selección de sexo contribue a perpetuar os estereotipos de sexo e o sexismo; d) a permisión da selección de sexo podería ser inconstitucional; e) non hai nengunha razón válida para decidir seleccionar o sexo (fora da prevención de determinadas doenzas); f) ten consecuencias mediatas indesexabeis, entre elas: o desequilibrio demográfico, a porta aberta á escolla de outros caracteres (argumento da “pendente esvaradiza”), o favorecer unha visión dos fillos como mercancias ou o debilitar a privacidade das decisións reproductivas.

Creo que pode ser necesario explicitar un aspecto deste debate que quizais pareza obvio, pero cuxo descoñecimento leva a dificultades. O que se está a debater (o que é preciso debater nesta perspectiva xurídica), é a prohibición xurídica da selección de sexo, non a selección de sexo en si. Neste sentido, sería perfectamente coherente unha condea moral da mesma ou a consideración de que non existen razóns que xustifiquen unha escolla, pero rexeitar ao tempo que isto se teña que traducir nunha prohibición xurídica. Neste sentido, tamén parece lóxico que o que en principio sexa preciso xustificar é a prohibición e as razóns da prohibición (non a súa ausencia), aínda que tendo en conta a situación legal actual, adoitan levantar a cuestión os partidarios da desaparición da prohibición. Mais nesta medida, focando a cuestión sobre as razóns da prohibición, ao meu xuízo non se xustifican algúns dos argumentos apuntados, e outros -como o do desequilibrio demográfico- teñen un peso limitado. O argumento da “dignidade humana” (onde con frecuencia caben tantas cousas) é demasiado xenérico como para ser tomado en consideración por si só (mesmo na cuestión da constitucionalidade). Creo, en cambio, que o argumento da “dignidade humana” pode ser de moito interese,

---

<sup>36</sup> Unha das máis significativas e razoadas, últimamente, F. Puigpelat, “La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 6, 1997, pp. 93-109. Por outra parte, ten-se mesmo chegado a cuestionar a constitucionalidade da prohibición da selección de sexo: vexase Y. Gómez, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 152.

sempre que se conecte interpretativamente a outros dous argumentos: o do antisexismo (na medida en que se considerase unha discriminación por razón de sexo xa desde mesmo antes do nacemento) e o da existencia de un “dereito ao azar xenético” como un dereito a non ser biolóxicamente programado antes de nacer<sup>37</sup>.

### **b) A maternidade subrogada.**

Xa se ten aludido ao feito de que determinados centros españois ofertaron e xestionaron o acceso á maternidade de aluguer no estranxeiro. Segundo unha investigación xornalística divulgada en xuño de 1999 por unha equipa da Televisión Española, tiñan nacido 50 nenos de nai portadora no estranxeiro. Ao contrario que no caso da selección de sexo, non se teñen producido obxeccións de fondo por parte da doutrina xurídica ao rexeitamento que o ordenamento xurídico español expresa sobre estes contratos<sup>38</sup>. En troca sí que o teñen cuestionado algúns médicos xinecólogos especialistas en reprodución asistida, mesmo cando a finais de 1997 os meios de comunicación se fixeron eco destas prácticas.

Ainda que non parece previsíbel -polo menos a curto prazo- que vaia mudar este criterio legal, o certo é que o recurso á contratación no estranxeiro tampouco parece que vaia remitir tendo en conta ademais a pasividade dos poderes públicos, nunha cuestión que hai que recoñecer como delicada. Pero efectivamente, as consecucións xurídicas no dereito español, para alén da nulidade do contrato, pasarían seguramente polos artigos 220<sup>39</sup> (delito de suposición de parto) ou 221 (entrega de un menor con compensación económica)<sup>40</sup>, esencialmente este último por un criterio de especialidade, tal e como xeralmente se desenvolven estas condutas<sup>41</sup>.

### **c) O pago polas doazóns.**

A compensación económica polas doazóns de material reproductor aparece expresamente rexeitada na normativa española tanto polo artigos 5.1 e 5.3 da Lei

---

<sup>37</sup> Este argumento (a pretensión de admitir un dereito deste tipo) ten sido suxerido ás veces e é recollido na enumeración das obxeccións éticas á clonaxe humana no informe da CNRHA (p. 39).

<sup>38</sup> De todas as formas, F. Pantaleón (“Contra la ley de técnicas de reproducción asistida”, *Jueces para la democracia*, nº 5, 1988, p. 27) ten sinalado que a solución de considerar nulo de pleno dereito o contrato pode levar a unha solución legal insatisfactoria. Este sería o caso de que os que contratan á nai portadora rexeiten facer-se cargo de unha criatura que naza con graves taras, sen que a nai portadora -nai a todos os efectos no dereito español- pudesese reclamar por danos materiais ou morais, perante a nulidade de pleno dereito do contrato.

<sup>39</sup> “1. A suposición de un parto será castigada coas penas de prisión de seis meses a dous anos.”

<sup>40</sup> “1. Os que, mediando compensación económica, entreguen a outra persoa un fillo, descendente ou calquer menor aínda que non concorran relación de filiación ou parentesco, eludindo os procedimentos legais da guarda, acollimento ou adopción, coa finalidade de establecer unha relación análoga á de filiación, serán castigados coas penas de prisión de un a cinco anos e de inhabilitación especial para o exercicio do dereito de patria potestade por tempo de catro a dez anos”. “2. Coa mesma pena serán castigados a persoa que o receba e o intermediario, aínda que a entrega do menor se realizase en país estranxeiro”.

<sup>41</sup> Normalmente contrata-se xa en España, a meio de intermediarios, con outros intermediarios norteamericanos que se ocupan de proporcionar asistencia médica, legal e nai portadora. Nunha primeira viaxe realiza-se a fecundación e, se todo segue o seu curso, realiza-se unha segunda viaxe para o momento do parto, no que se arranxan os trámites de entrega. Na volta, alega-se que o nacemento tivo lugar da muller contratante durante a estada no estranxeiro a efectos da filiación. A parella contratante paga arredor de 8 millóns de pesetas, que inclúen os gastos médicos e xurídicos, as viaxes e a remuneración á nai portadora (1.800.000 pesetas aproximadamente).

Non sería de aplicación o artigo 221.1 á nai portadora que entrega no estranxeiro, pero si aos intermediarios e aos receptores, segundo o 221.2. Este último preceito establece unha regra de extraterritorialidade, atribuíndo a competencia aos Tribunais españois aínda que a entrega se realice no estranxeiro.

35/1988, como no artigo 2.d) da Lei 42/1988 para o caso dos embrións postimplantatarios. No entanto, a remuneración é unha práctica máis ou menos extendida, até o punto de que a propia CNRHA, no seu primeiro informe anual, recomenda o establecemento de un pago tendente precisamente a regularizar unha situación que se dá de facto e a evitar que unha ausencia total de calquer pago conduza a que nen sequer se compensen as molestias dos doantes, e a que se produza unha diminución das doazóns ou, peor aínda, un mercado oculto de gámetas. Así, propoñen-se unhas cifras (5.000 pesetas para semen e 100.000 para óvulos) que se estima que non desvirtúan o principio de doazón como un acto de finalidade fundamentalmente non lucrativa, pero que eviten os riscos anteriormente expostos.

A propia CNRHA reconece que estas cifras -como calquer outras- son inevitabelmente subxectivas a efectos de compatibilizar a compensación coa finalidade fundamentalmente non lucrativa. Creo que o problema é máis de fondo, porque non acredito que exista unha cifra que o poda compatibilizar, e moito menos que sexa xeralizábel para todos os casos. Considero van tratar de determinar -sobretudo no caso da "doazón" de óvulos- ese punto de equilibrio no que o diñeiro que se paga sexa suficiente compensación polas molestias e riscos pero que non "desvirtue a finalidade fundamentalmente non lucrativa". Non me vou estender nunha argumentación que xa teño desenvolvido noutro lugar<sup>42</sup>: trata-se dun problema que afecta fundamentalmente á doazón de óvulos, no que o principio de gratuidade tende a ceder perante as necesidades prácticas de recrutamento. Pero interpretar así o principio de gratuidade significa desvirtuá-lo até o punto de que se converte en mero elemento de lexitimación que sen embargo cede ante determinadas presións sen poder significar máis que un dique moi feble. A opción de predeterminar e limitar o pago coa pretensión de que non sexa suficiente como para por si só significar a motivación para a "doazón" fai-se dificilmente mantíbel cando o obxectivo confeso é o manter un determinado nivel de "doazóns". Trata-se de unha opción por un sistema de mercado regulado, ou de taxas, no que o prezo é axustado por unha autoridade, pero non significa a exclusión destes bens do mercado (xa que a referencia última da autoridade é o mercado) senon a porta de entrada ou a rendición a el. Asenta-se plenamente no paradigma de mercado, e non no paradigma da dádiva<sup>43</sup>, á que sen embargo se apela discursivamente para salvar as exixencias legais e as reticencias morais.

Esta exixencia legal é tamén unha exixencia establecida pola xurisprudencia constitucional, pois na Sentenza 216/1997 afirma-se que o uso do termo "doazón" non resulta incompatible coa dignidade da persoa, xa que esta singular "doazón" [referida neste caso a embrións mortos ou non viábeis] "no implica en modo alguno la «patrimonialización», que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa *lucrativa o remuneratoria*, expresamente prohibida por el art. 2.d) de la Ley [42/1988, suliñando noso]".

#### d) A clonaxe.

Moito se leva discutido nos últimos tempos sobre a clonaxe<sup>44</sup>. Ten-se destacado que o Código penal español tipifica-a como delito no seu artigo 161.2, como dando a entender que en España esta é unha cuestión fechada e solucionada. Sen embargo a cuestión é algo máis complexa. En primeiro lugar, porque a vía penal -aínda supondo que sexa adecuada esta reacción- non é seguro que constitua unha solución eficiente a

<sup>42</sup> Cfr. *Reproducción, poder y derecho*, op. cit., pp. 115 e ss., especialmente 127 e ss.

<sup>43</sup> Cfr. A. Caillé, *A Demissão dos intelectuais*, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, pp. 141 e ss., e *Don, intérêt et désintéressement*, Paris, La Découverte/M.A.U.S.S., 1994.

<sup>44</sup> O primeiro informe da CNRHA tamén trata desta cuestión.

efeitos de impedir estas condutas. En segundo lugar, desde que en 1997 se conseguiu a primeira clonaxe dun mamífero, algunhas cousas teñen mudado nas expectativas sobre a clonaxe, tanto do punto de vista científico, como do punto de vista das posíbeis utilizacións destas técnicas. Sen nos estender moito, polo que respeita ás cuestións científicas, cumpre distinguir entre a clonaxe reproductiva e a non reproductiva: a reproductiva estaría destinada a obter individuos clónicos<sup>45</sup>, mentres que a non reproductiva consistiría na aplicación de técnicas de clonaxe en cultivos celulares<sup>46</sup> sen intención de producir un individuo, senon na perspectiva de producir tecidos destinados á investigación ou mesmo á reparación de tecidos ou órganos danados. Na realidade este último tipo de clonaxe é a máis considerada ultimamente, e non adoita ser tan forte o seu rexeitamento como o que produce a clonaxe reproductiva (aínda que as obxeccións éticas seguen a ser importantes, ao estar en xogo determinadas utilizacións de embrións).

O tipo do artigo 161.2 do Código Penal parece afectar só á clonaxe reproductiva: “criazón de *seres humanos* idénticos por clonaxe”. Non obstante á clonaxe non reproductiva podería ser de aplicación o artigo 161.1 que castiga “a quen fecunden óvulos humanos con calquer finalidade distinta da procriazón”. Por outra parte, os requisitos do artigo 15 da Lei 35/1988 para a investigación e experimentación en embrións tamén farián difícil a autorización de clonaxes non reproductivas.

Os criterios da CNRHA pasan por non observar obstáculos éticos insalváveis para a xemeación (salvo, para algúns dos membros da Comisión, a consideración do status embrionario) cando non exista un número suficiente de embrións para ser transferidos (o que podería xerar xémeos monocigóticos). En troca si que mantén que existen obxeccións graves contra a clonaxe reproductiva con transferencia de núcleo desde a consideración do dereito a non ser programado xeneticamente entre outras razóns. Polo que respeita á clonaxe non reproductiva (con finalidades terapéuticas), a posíbel obxección sería novamente a do respecto do embrión, pero a CNRHA non se mostraria en contra se fose posíbel realizá-la con células non embrionárias.

Así pois, se realizamos o último salto temporal para tentar albiscar o que pode ser a vindeira década con respecto a esta regulación, topáremonos-loxicamente coa imposibilidade de previsión. Sen embargo, hai algúns aspectos que se poden apontar. Polo que respeita á normativa vixente e aos instrumentos institucionais para a súa posta en práctica, fica pendente completar o desenvolvemento normativo -unha vez cancelada a hipoteca da posíbel inconstitucionalidade- e lograr maiores cotas de eficacia, para o cal sería preciso que os propios poderes públicos se tomasen esta normativa en serio. Neste sentido, a existencia da CHRHA -con todas as limitacións que se queiran- pode significar canto menos un periódico chamado aos poderes públicos para que o tempo non siga pasando sen máis. Doutro punto de vista, determinados problemas e determinadas opcións tomadas pola normativa española están, como temos visto, en discusión. A experiencia da inefectividade e da pasividade dos poderes públicos, e a probada capacidade autolexitimación de determinadas prácticas para sobrepor-se mesmo á lexislación non invitan, contodo, a un optimismo confiado. Sobre todo se o que se busca é que as necesarias decisións colectivas sobre a regulación das cuestións que levantan as ciencias da vida se tomen realmente desde o debate público e informado, desde o respecto aos dereitos fundamentais e desde a determinación colectiva sobre as necesidades sociais.

---

<sup>45</sup> Existen en principio dúas técnicas: a xemeación e a transferencia de núcleos. A primeira consiste na división de embrións, no que sería unha forma de provocar artificialmente xémeos monocigóticos (idénticos entre si, pero diferentes dos seus proxenitores). A segunda consiste na transferencia do núcleo dunha célula (que non sexa un gámeto) a un óvulo enucleado, co que se xeraría un individuo clónico de aquel do que procede o núcleo celular.

<sup>46</sup> Aquí a diferenza (sobre todo do punto de vista ético) está en que se aplique a técnica a simples cultivos celulares (ou en embrións, o que resultaría máis cuestionable).