

# A NORMATIVA SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA E CLONAXE HUMANA NOS PAÍSES DA COMUNIDADE EUROPEA

Carlos Lema Añón

## 1. INTRODUCCIÓN

Alguns dos avances en bioloxía e medicina que se veñen producindo nas dúas últimas décadas son cualificados persistentemente de “revolucionarios”. Para alén do acertado da metáfora -ou da súa degradación mediática e publicitaria-, o impacto destes avances sobarda amplamente o plano científico, para acadar destacada relevancia social, rapidamente traducida no imaxinario colectivo e algo mais lentamente nas institucións sociais e xurídicas.

A relevancia social de moitas das novas prácticas manifestan-se tanto na súa relativa extensión, como sobretudo na súa potencialidade para crear interrogantes e conflitos perante os que a resposta aparece dificultada: ben sexa pola novidade e relativa ausencia de referentes, ben polo déficit de lexitimidade das solucións propostas. En calquer caso o dereito representa un papel de importancia crecente neste ámbito. Até o punto de se estar configurando todo un corpus xurídico relacionado coa regulación das ciencias da vida e a súa incidencia nos dereitos das persoas. Este campo sitúa-se na problemática intersección de moitos aspectos: entre as potencialidades dos desenvolvementos tecnocientíficos e a nova vulnerabilidade humana; entre a conquista e colonización dos corpos e os dereitos das persoas; entre a mercantilización da natureza, dos procesos vitais e os corpos, e as imaxes simbólicas sobre o humano; etc.

Quizais como nengun outro campo, as tecnoloxías reprodutivas (e mais recentemente a perspectiva da clonación humana) teñen sido paradigmáticas disto. Nelas como quizais en nengun outro campo de contacto entre o dereito e as ciencias da vida e medicina, se teñen posto de manifesto os variados aspectos desta intersección. E isto sexa pola posta en causa (pola vía das novas prácticas agora posíbeis) de algunhas das certezas nas que se baseaba o dereito de familia (posta en causa relativa pero inequívoca), sexa pola situación límite de perplexidade a que se infrontaba o dereito (caso do réxime xurídico e da protección dos embrións extracorpóreos)<sup>1</sup>, sexa pola relativa extensión das prácticas<sup>2</sup>. O certo é que a regulación das tecnoloxías reprodutivas nos seus máis varia-

<sup>1</sup> Vexa-se E. Roca Trías “El Derecho perplejo: los misterios de los embriones”, en *Revista Derecho y Genoma Humano*, 1/1994, pp. 121-151.

<sup>2</sup> Afirmase que ten habido deica 1994, quer dicir, nos primeiros dezaseis anos desta técnica, uns 150.000 nados vivos a meio da fecundación *in vitro* (dados fornecidos polo informe “A Global View of Assisted Conception in 1994”, da organización Organon). Hai que considerar, estas cifras como meramente orientativas (e ter en conta que se refiren só á fecundación *in vitro*, quer dicir, con exclusión de prácticas como a inseminación artificial, seguramente mais numerosas pero de menor complexidade técnica,

dos aspectos (incluíndo certamente a determinación do réxime xurídico e da protección que se dispensa ao embrión humano extracorpóreo) se ten convertido na manifestación máis clara da intervención do dereito nas ciencias da vida. Quer dicir, ten-se convertido no campo no cal se manifesta máis claramente a tendencia á busca de unha solución xurídica aos problemas suscitados, con todas as súas posibilidades e limitacións. Ultimamente, a discusión en torno á posibilidade e á licitude de realizar clonaxes humanas ten reavivado tanto o debate como a aposta pola regulación xurídica. Pode-se dicir que dalgunha forma herda o posición de foco onde se ventilan con máis insistencia os aspectos simbólicos desta cuestión, que acadan naturalmente manifestacións xurídicas. Pero quizais como en nengun outro caso a insistencia e a case unanimidade na súa prohibición xurídica (case en forma de exorcismo) reflicte ao tempo a desconfianza -ou máis ben a conciencia tráxica da limitación- dos instrumentos xurídicos face aos problemas suscitados.

No marco deste traballo pretende-se ofrecer unha panorámica da experiencia e das opcións lexislativas adoptadas nos países pertencentes á Unión Europea (con exclusión de España)<sup>3</sup>. A exclusión de España xustifícase polo maior coñecemento e accesibilidade da súa experiencia, da lexislación e dos estudos sobre a mesma, aos que é posible a remisión<sup>4</sup>. O adoptar o criterio da Unión Europea deixa fora dúas experiencias

---

conceitual, e seguramente en canto aos problemas xurídicos e prácticos que xeran). Como se sabe, o primeiro nacemento tivo lugar en Inglaterra en 1978 (L. Brown), mais foi seguida inmediatamente por Australia e Franza; en 1980 nos Estados Unidos, e en 1982 en Alemaña, Austria, Bélxica, Finlandia, India, Singapur, Suecia e Xapón.

Até o momento o maior número de nacementos teñen-se producido na Franza: máis de 20.000. Outros países con unha actividade importante son Inglaterra con 15.000, Australia con 12.500, ou Bélxica con 8.400. Con máis de 2.000 nados figuran Xapón, Canadá, Austria, Dinamarca, Holanda, Suecia, Finlandia, Alemaña, Grecia, Italia, Noruega; con máis de 1.000 Taiwán, Exipto, Sul-África, México; e con máis de 500 Portugal ou Hungría. Nos Estados Unidos foron uns 16.000 só entre 1985 e 1992.

Cada ano tentan-se desde os 30.000 ciclos da Franza, deica os 13.000 da Alemaña, os 10.000 de Holanda, ou os 7.000 do Reino Unido.

En España o primeiro nacemento por fecundación *in vitro* tivo lugar en 1984. Para finais dese ano, a cifra xa se elevara até os 23 (ademais de uns 2.000 por inseminación artificial con doante), segundo se recollía no *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial humanas* do Congreso dos Deputados (Madrid, Congreso de los Diputados, 1986). A finais do ano 1987, calculábase xa en uns 250 por fecundación *in vitro*, (o 80% dos casos en Cataluña). Desde 1984 até finais de 1996, o número de nados en España por meio destas técnicas estima-se oficiosamente en oito mil (*El País* do 18 de decembro de 1996).

<sup>3</sup> Existen dúas recopilacións de lexislación de distintos Estados sobre reprodución asistida: Comitato Nazionale per la Bioetica, *La Legislazione straniera sulla procreazione assistita* (Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1992), e Jan Stepan (Ed.), *Internacional Survey of Laws on Assisted Reproduction. Recueil International de lois sur la procréation assistée* (Schulthess Polygraphischer Verlag-Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zürich, 1990). Nengunha das dúas chega, contodo, a ser completa. Mais recente e en español hai a elaborada por C. Romeo Casabona: *Código de Leyes sobre Genética* (Universidad de Deusto-Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1997), menos exhaustiva -aínda que lóxicamente máis actualizada- en canto a reprodución asistida, pero incluíndo outras materias como organismos modificados xenéticamente, patentes de procesos biotecnolóxicos, análise de ADN, etc.

<sup>4</sup> A lexislación fundamental está composta por dúas leis de 1998: a 42/1988 de 22 de novembro, sobre técnicas de reprodución asistida e a 42/1988, de 28 de decembro, sobre doazón e utilización de embrións e fetos humanos ou das súas células, tecidos ou órganos. Para as cuestións xurídicas en xeral pode-se remitir a AAVV, *La filiación a finales del siglo XX* (Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1998), I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps* (Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994), ou J. Baudouin e C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme. De quel droit?* (Presses Universitaires de France, Paris, 1987). Para a lexislación española pode-se ver entre outras moitas M. Carcaba, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana* (Bosch, Barcelona, 1995), Y. Gómez, *El derecho a la reproducción humana* (Marcial Pons, Madrid, 1994), ou F. Pantaleón, "Técnicas de reprodución asistida y constitución", en *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15 (1993). Sobre ambos aspectos (ademais de unha reflexión global) pode-se ver o meu *Reproducción, poder y derecho* (Trotta, Madrid, 1998 [en prensa]).

interesantes e significativas (tanto do punto de vista das prácticas de reprodución asistida, como pola lexislación), como son as de Estados Unidos e Austrália; razóns de espazo aconsellan esta limitación (non hai que esquecer que en ambos casos o groso da regulación é competencia dos estados ou territorios que os compoñen), pero en calquer caso o elenco escollido é dunha maior proximidade tanto institucional como xurídico-cultural (e mesmo axiolóxica): particularmente neste campo. En boa medida trata-se de experiencias a ter en conta. Non o foron no seu momento na elaboración da regulación española pola sinxela razón de que a lexislación española foi pioneira a nivel europeo. Este feito, ensalzado por uns como un logro vangardista e denostado por outros pola precipitación en que se incorreu, impediu naturalmente aproveitar no seu momento outras experiencias e normas europeas. Mais non agora, unha vez a maioría dos países europeos teñen levado a cabo algun tipo de actuación lexislativa, e algúns deles gozan dunha experiencia considerábel. Máxime nun momento en que se fai preciso un balanceo e avaliación da experiencia española, tras xa dez anos de vixencia da lexislación. Non quizais para promover de forma inmediata unha reforma -que neste momento non sería oportuna-: das eivas sinaladas no seu momento, das que se teñen ido manifestando ao longo do tempo, ou das tendencias que se foron asentando mesmo en marcos supraestatais, pero si nesa perspectiva. Non é con efecto prudente propugnar precisamente agora a reforma por dous motivos: polo feito de por fin se ter botado a andar a Comisión Nacional de Reproducción Asistida (até certo punto culminación do tardío desenvolvemento regulamentar da lei) e que sen dúbida poderá realizar unha avaliación das necesidades e da experiencia española, e polo feito de que aínda na altura de corri-xir estas liñas (setembro de 1998) o Tribunal Constitucional non se ter pronunciado sobre o recurso de inconstitucionalidade pendente sobre a lei 35/1988 (admitido a trámite en marzo de 1989!).

O núcleo principal de atención vai ser a regulación das técnicas de reprodución asistida: a elas se adica o groso da lexislación aprobada nos distintos países xa desde hai algúns anos. A referencia á clonaxe xustifica-se pola súa actualidade e polo debate producido no último ano. Contodo é preciso advertir da tentación de mixturar ambas cousas, sobretudo por canto o esquema aquí adoptado (por países, non por temas) leva rapidamente de unha cuestión a outra. Calquer valoración que nos merezan as técnicas de reprodución asistida, non se pode esquecer que se está perante un procedemento relativamente estendido e -polo menos nalgúns países- longamente regulado. A Clonaxe, por contra, é un procedemento experimental, prohibido en moitos lugares, amplamente rexeitado, que non se ten realizado nunca en seres humanos. Non polas súas relacións fenomenolóxicas ou normativas -que existen- se pode mixturar a súa consideración ou valoracións.

## **2. A ACTIVIDADE REGULADORA DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS E SUPRAESTATAIS E A SUA INCIDENCIA NOS PAÍSES DA UNIÓN EUROPEA**

Existe unha certa actividade de produción de normas xurídicas supraestatal, ou cando menos unha actividade de estudo por parte de distintas organizacións, tendente a conseguir algúns principios homoxéneos en materia de reprodución asistida (e mais recentemente a prohibición da clonación): se non universalmente, si desde logo en ámbitos máis reducidos. Moi especialmente se teñen feito esforzos canto aos aspectos relativos á manipulación extracorpórea dos embrións. Aínda que tal cousa está ben lonxe de ter chegado a metas sólidas, algo si que se ten avanzado nesta materia. No horizonte, o temor de que as normativas estatais se tornen ineficaces perante un eventual

desprazamento internacional destas prácticas<sup>5</sup>, e unha progresiva conciencia de que a humanidade como tal está afectada por esta materia. No outro lado da balanza pode-se pór a dificultade deste labor, e sobretudo de acadar medidas realmente eficaces.

No entanto o interese pola protección da diversidade e do diálogo intercultural ten sido considerado como outro aspecto a ter en conta. Neste sentido os problemas de dereito privado (fundamentalmente a filiación) haberían de atopar solución non tanto por unha homoxeneización das leis sustantivas como por outros mecanismos habituais na resolución de conflitos de dereito privado interestatal. Os conflitos, porén, poderían ser moi variados, e mesmamente insólitos<sup>6</sup>. Mais pasemos con brevidade a mencionar este tipo de actividade normativa.

## 2.1. Organización das Nacións Unidas, Unesco e Organización Mundial da Saúde

En marzo de 1993 a Comisión de Dereitos Humanos da ONU aprobou unha resolución tendente a garantir que a humanidade no seu conxunto sexa beneficiada das ciencias da vida e para evitar un uso diverso que non sexa para o benestar da humanidade. Mais ante todo é salientábel o labor da UNESCO. Desde a UNESCO criou-se en 1993 un Comité Internacional de Bioética (presidido por Noëlle Lenoir), ao que se lle encargou en 1995 redactar un instrumento internacional para a protección do xenoma humano. Así, a *Declaración Universal sobre o Xenoma Humano e os Dereitos Humanos*<sup>7</sup> foi aprobada unanimemente por aclamación pola Conferencia Xeral da UNESCO, na súa 29ª sesión celebrada o 11 de novembro de 1997<sup>8</sup>. No seu artigo 11 declara que non deberán permitirse as prácticas contrarias á dignidade humana tais como a clonaxe reproductiva de seres humanos<sup>9</sup>. Aínda que se quer equiparar -en canto

---

<sup>5</sup> Así o recoñece o punto 12 da Recomendación 1046 (1986) da Asemblea Parlamentar do Consello de Europa referente á utilización de embrións e fetos humanos para fins diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriais e comerciais: "...toda regulamentación exclusivamente nacional corre o risco de ser ineficaz, xa que toda actividade na materia podería-se desprazar de un país a outro que non tivese prevista nengunha regulamentación".

<sup>6</sup> Teñen-se proposto algúns casos hipotéticos que poderían ilustrar isto. Por exemplo, un home domiciliado en California e que morra intestado deixando propiedades en Escocia. Algúns anos atrás tiña doado esperma, e un neno identificábel nacera dunha muller que non era a súa esposa co consentimento do esposo desta. Esta parella e o neno están domiciliados en Escocia. A lei escocesa di que o pai do neno é o marido da esposa. A lei de California di que o pai do neno é o doante morto. Ten dereito a reclamar a herdanza? Mencionemos aínda outro exemplo. Unha muller inglesa e domiciliada nese país, que tivo un neno tras doazón do óvulo ou embrión e que morre intestada sen outro sucesor que o neno. Segundo a lei inglesa é o seu fillo, pero segundo o dereito de California non. Poderá o fillo reclamar unha propiedade da súa nai en California? E se a muller non estivese morta e vivese en California, podería casar co seu "fillo", dado que en California non sería legalmente tal? Podería-se recoñecer o matrimonio en Inglaterra? (K. Norrie, "Reproductive technology, transsexualism and homosexuality: new problems for international private law", en *International and Comparative Law Quarterly*, The British Institute of International Law and Comparative Law, London, 1994, v. 43, nº4, pp. 757-775).

<sup>7</sup> *Universal Declaration on The Human Genome and Human Rights*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, 1997 (folleto).

<sup>8</sup> Na realidade o traballo do Comité Internacional de Bioética foi entorpecido até certo punto polas inoportunas -por prematuras- declaracións de do director xeral da UNESCO, Federico Mayor Zaragoza, que declarou que os seres humanos non debían ser clonados baixo nengunha circunstancia. Na realidade, os membros do Comité estaban divididos canto este punto (polo menos canto aos matices perante unha afirmación tan categórica) (vid. AAVV *On Cloning. European and International Instruments*. Centre for Ethics and Law, Copenhagen, 1998, p. 9).

<sup>9</sup> "Practices which are contrary to human dignity, such as reproductive cloning of human beings, shall not be permitted. States and competent international organizations are invited to co-operate in identifying such practices and in taking, at national or international level, the measures necessary to ensure that the principles set out in this Declaration are respected".

á súa relevancia e forza moral- con outras declaracións internacionais de dereitos, o certo é que non resulta xuridicamente vencellante, e resulta pouco efectiva sen a acción dos gobernos que incorpore os seus principios nas lexislacións internas.

Pola súa parte, a Organización Mundial da Saúde (OMS) non se ten pronunciado a meio dos seus órganos oficiais, se ben ten publicado unha serie de recomendacións con relación á procreación médicamente asistida, no marco do estudo realizado por un comité científico reunido en abril de 1990<sup>10</sup> dentro do programa especial de investigación *Development and Research Training in Human Reproduction*<sup>11</sup>. No campo do tratamento da infertilidade, as recomendacións insisten na necesidade de que os centros teñan coñecemento dos pros e dos contras de cada unha das técnicas e llellos trasmitan aos pacientes, que exista unha ampla gama de tratamentos dispoñíbeis para que se poda escoller a técnica máis adecuada, e que se realicen as debidas probas antes de proceder á realización destas técnicas. Asimesmo fai unha serie de recomendacións sobre o camiño que han de tomar as investigacións, para solventar algunhas das cuestións pendentes. A nivel das indicacións para solventar as cuestións morais e xurídicas, propón cinco principios que suxire sexan adoptados e respetados a nivel internacional para proporcionar “a normative framework that can serve as a guide for national legislation”<sup>12</sup>. No entanto, esta organización non entra a valorar as distintas solucións normativas aos problemas suscitados, se ben procura difundir todo tipo de información relativa a esta cuestión entre os seus membros<sup>13</sup>.

## 2.2. O Consello de Europa

No ámbito do Consello de Europa, teñen-se aprobado varias recomendacións de interese. En primeiro lugar a Recomendación 1.046 (1984) da Asemblea Parlamentar do Consello de Europa *relativa á utilización de embrións e fetos humanos con fins diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriais e comerciais*. Nesta resolución xa existía unha recomendación ao Comité de Ministros para que invitase aos gobernos dos estados membros para que prohibisen unha serie de “desviacións non desexábeis”, entre as que se incluía a clonaxe. É de salientar esta recomendación por canto inspirou en grande medida a lexislación española de 1988: até tal punto que boa parte das infraccións que se recollen na lei 35/1988 son unha reprodución das xa citadas “desviacións non desexábeis” da recomendación, e en boa medida, o réxime xurídico español relativo ás intervencións diagnósticas e terapéuticas sobre embrións e fetos humanos son tamén un calco destas recomendacións.

<sup>10</sup> World Health Organization (WHO), *Recent advances in medically assisted conception. Report of a WHO Scientific Group*, WHO, Geneva, 1992.

<sup>11</sup> É de destacar con anterioridade o estudo realizado sobre a infertilidade en 1975: *The epidemiology of infertility: report of a WHO Scientific Group*.

<sup>12</sup> World Health Organization (WHO), *Recent advances in medically assisted conception. Report of a WHO Scientific Group*, WHO, Geneva, 1992, p. 16. Os principios que propón serían: (a) o respecto da dignidade do ser humano; (b) a seguridade do material xenético humano; (c) a inviolabilidade da persoa; (d) a inalienabilidade da persoa; e (e) a necesaria cualidade dos servizos. O grupo tamén se pronunciaba en contra da clonaxe, así como de outras formas experimentais extremas. No entanto, as declaracións províntes da OMS con respecto á clonaxe humana non teñen sido homoxéneas. Así, en maio de 1997 un grupo de traballo constituído no seu seo publicou un informe no que -ao fio do rebúmbio provocado polo nacemento dunha ovella clónica- facía notar o medo existente entre o público e os lexisladores, ao tempo que se declaraba en contra dunha global prohibición que pudiese impedir os potenciais beneficios da técnica, para concluír rexeitando a posibilidade dunha prohibición internacional sobre a clonaxe. Pero case ao mesmo tempo a 50ª Asemblea da OMS (Xenebra 5-14 de maio de 1997) adoptaba unha resolución na que se dicía que a clonaxe de individuos humanos sería eticamente inaceitábel e contraria a integridade humana.

<sup>13</sup> World Health Organization (WHO) Staff of the Health Legislation unit, “The role of WHO in the dissemination of information on legal and ethical aspects of medically assisted procreation”, en C. Byk (dir) *Procreation artificielle où en sont l'éthique et le droit*, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989, pp. 137-141.

Tamén da Asemblea Parlamentar é a Recomendación 1.100 (1989) *sobre a utilización de embrións e fetos humanos na investigación científica*. Apoiando-se na anterior resolución, urxia a convidar aos estados membros a que levasen a cabo unha serie de actuacións tais como a información á sociedade, seguimento das actividades de investigación nesta materia, ou o fomento de determinadas liñas de investigación. Canto ás recomendacións máis sustantivas, se o anterior documento se refería a intervencións diagnósticas ou terapéuticas, desta volta trata-se da investigación e/ou experimentación científica sobre gámetas, embrións e fetos humanos. Apesar de se aprobar con data posterior á lexislación española na materia, tamén aquí se observa un fondo paralelismo na regulación e mesmamente na expresión. Non ha de extrañar, tendo en conta que se a aprobación deste texto foi a principios de febreiro de 1989 (poucos meses despois da aprobación da lexislación española), xa se contaba desde antes con proxectos e borradores; mais sobretudo, polo feito de que Marcelo Palacios -impulsor da lexislación española- tivo tamén un papel activo na elaboración desta recomendación.

No entanto, hai que ter en conta que até aquí só estamos falando de recomendacións, sen forza xurídica vinculante. Por iso, sen dúbida o documento máis importante dos auspiciados polo Consello de Europa é a *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*. Trata-se dun documento referente á protección da dignidade humana fronte a un posíbel "usage impropre de la biologie et de la médecine"<sup>14</sup>. A súa orixe situa-se na Recomendación 1160, aprobada en 1991 pola Asemblea Parlamentar do Consello de Europa instando á elaboración dun Convénio de Bioética (o que dalgunha forma viña a concretar a proposta recollida en recomendacións anteriores). As dificultades para elaborar un texto no que pudesen coincidir todos os países foron importantes, ao que se lle engadía o fracaso de tentativas anteriores. Particularmente, as disposicións referentes ao embrión humano e á investigación que implicase a súa utilización foron moi controvertidas, e semellaba difícil lograr un acordo entre quen consideraba que o texto non o protexía abondo, e quen consideraba que o protexía en demasia comprometendo o desenvolvemento da investigación<sup>15</sup>. Finalmente, o 26 de setembro de 1996 a Asemblea Parlamentar do Consello de Europa aprobou o proxecto de convención sobre os dereitos humanos e a biomedicina. Pode-se sinalar que un dos impulsores deste texto foi outravolta M. Palacios. Este convénio foi aprobado polo Comité de Ministros en abril de 1997 na cidade de Oviedo, e haberá de ser submetido a ratificación por parte dos estados membros, para acadar forza vinculante neses países<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Conseil de l'Europe, *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, 1997, preambule

<sup>15</sup> Sobre estas dificultades durante os anos oitenta pode-se veer P. Widmer, "Des principes européens de bioéthique: mirage ou espoir à ne pas abandonner?" C. Byk (dir) *Procréation artificielle où en sont l'éthique et le droit*, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989, pp. 223-230.

<sup>16</sup> Polo momento ten sido asinado por vintedous dos cuarenta países pertencentes ao Consello de Europa. Dos países da Unión Europea teñen asinado e ratificado a Convención Dinamarca, España, Franza, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal e Suecia. Entre as ausencias sobrancean a de Alemaña e a do Reino Unido, que teñen recusado asinar por motivos ben distintos e até opostos. Con efecto, ambos países teñen lexislación sobre a materia desde 1990, aínda que moi diferente no seu contido e desde logo oposta nalguns aspectos á solución acadada na Convención. No caso de Alemaña, hai unha rexeición (entre outras) das regras da Convención relativas aos embrións, que son moito menos estritas que as da súa lexislación. No outro extremo, o Reino Unido tampouco as considera aceptábeis, por seren máis restritivas que a súa lexislación: en particular, por canto se prohíbe (artigo 18.2 da Convención) a criazón de embrións humanos coa finalidade de investigar sobre os mesmos, algo que a lexislación británica permite. Nesta postura semella que coincide Bélxica, aínda que non conta cunha lei sobre o particular. De todos xeitos, nalguns destes países existe debate público sobre estas cuestións e semella que non se pode da por fechada a posibilidade de que se asinc posteriormente.

Canto ao contido do Convénio -ao que as partes haberán de adoptar a súa lexislación interna-, trata de garantir a toda persoa sen discriminación o respecto da súa integridade e dos seus dereitos e liberdades fundamentais con respecto ás aplicacións da bioloxía e da medicina (art. 1). No que se refire aos embrións *in vitro*, existen dous criterios (art. 18). Cando a investigación con embrións *in vitro* estexa admitida pola lei, esta deberá garantir unha protección adecuada do embrión. En segundo lugar está prohibida a criazón de embrións humanos con fins de investigación. Este segundo criterio está perfecta e literalmente de acordo coa lexislación española. O primeiro deles é, no entanto, máis ambíguo e indeterminado, aínda que tampouco hai que pensar que a lexislación española o incumpra: máxime cando se trata dun requisito análogo ao que o Tribunal Constitucional ten establecido na súa Sentenza 53/1985 (FX 7º e 12º)<sup>17</sup>.

Do mesmo xeito, no Convénio prohiben-se as técnicas médicas para selección do sexo con excepción do caso en que se trate de evitar unha doenza grave (art. 14).

O 12 de xaneiro de 1998 foi presentado en París para a súa sinatura un primeiro protocolo adicional ao Convénio<sup>18</sup>. Este protocolo trata precisamente da prohibición de clonaxe de seres humanos<sup>19</sup>.

### 2.3. A Unión Europea

O Parlamento Europeo, tras diversos traballos previos que incluíron audiencias a expertos europeos de distintas disciplinas<sup>20</sup>, adoptou dúas resolucións o 16 de marzo de 1989. Unha sobre os problemas éticos e xurídicos da manipulación xenética, e outra sobre a fecundación artificial *in vivo* e *in vitro* (con senllas exposicións de motivos e das que foron ponentes respectivamente Willi Rothley e Carlo Casini)<sup>21</sup>. Entre as liñas a salientar, o énfase posto na necesidade de protección dos embrións humanos (e a proposta de interdicción de case todas as intervencións sobre eles), así como a proposta -se ben con pouco convencimento das súas repercusións prácticas- de vedar a fecundación artificial con doantes de gámetas ou embrións, o cal desde logo non ten sido segui-

<sup>17</sup> E face ao que apreciou a constitucionalidade da lei 42/1988, de doazón e utilización de embrións e fetos humanos ou das súas células, tecidos ou órganos, na STC 216/1996, que reitera este requisito. Como se dixo, está pendente a resolución do recurso que pesa sobre a lei 35/1988 sobre técnicas de reprodución asistida, aínda que atendendo ao contido e ao fallo da propia STC 216/1996 non parece que -polo menos neste extremo- se vaia apreciar inconstitucionalidade pola insuficiencia do réxime de protección do embrión humano.

<sup>18</sup> O artigo 31 do Convénio prevé a posibilidade de elaborar protocolos adicionais "para desenvolver, en campos específicos, os principios contidos no Convénio". Polo momento o único concluído é o relativo á clonaxe, pero esta-se a traballar noutros temas. Os seguintes previstos serían sobre trasplantes de órganos, investigación médica e protección do embrión.

<sup>19</sup> O seu artigo 1.1. di "Any intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being, whether living or dead, is prohibited". Este protocolo foi asinado por dezanove países (entre eles España), practicamente os mesmos que asinaron o Convénio. No momento da sinatura deste protocolo, vocceiros do Consello de Europa aclararon que estaba previsto que o Reino Unido e Bélxica subscribesen este protocolo, mentres que Alemaña non xulgaba necesario facé-lo, pois estaba dotada dunha lexislación propia mesmamente máis restritiva [mais isto non foi obstáculo para que asinasen outros países que tamén tiñan prohibido a clonaxe, como o caso de España: primeiro como infracción administrativa moi grave contida na lei 35/1988, e tras a Lei Orgánica 10/1995 do Código Penal, como delito].

<sup>20</sup> Celebradas en Bruxelas do 27 ao 29 de novembro de 1985, e do 19 ao 21 de marzo de 1986, contaron coas intervencións de Georges David (criador dos CECOS franceses), Peggy Norris, Albin Eser, Josephine Barres, Françoise Laborie, Teresa Iglesias, Michel Schooyans, Luigi Lombardi, Dionigi Tettamanzi, Alberto Trabucchi, Claude Sureau, E. Blechshmidt, Jean Cohen, Gonzalo Herranz, Friedrich Hansen, G. Altner, Jérôme Lejeune, Michelle Gobert, Ernst Benda, Esteban Domingo, Luis Archer e Bernd Klees.

<sup>21</sup> W. Rothley; C. Casini, *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana*. Parlamento Europeo, Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990.

do nas lexislacións estatais. Máis recentemente (en marzo de 1997), o Parlamento Europeo votou unha resolución contra a clonaxe<sup>22</sup>.

Na comunicación sobre “mellora do entorno competitivo das actividades industriais derivadas da biotecnoloxía na Comunidade” (SEC-91-629 final), a Comisión considera a Biotecnoloxía como unha das claves do desenvolvemento comunitario. Tal obxectivo ten sido reafirmado no *Libro Branco sobre Medre, Competitividade e Emprego* (1993). De acordo con estas consideracións, a Comisión criou en novembro de 1991 un Grupo de Asesores sobre Aspectos Éticos da Biotecnoloxía<sup>23</sup>.

A finais de maio de 1997 este grupo asesor da Comisión Europea -que preside Noëlle Lenoir- aprobou un documento no que se tratan aspectos referentes á clonación. Neste documento recoméndase prohibir como eticamente inaceitábel a clonación de seres humanos con fins reprodutivos. Non obstante, e para os países nos que estexa permitida a investigación con embrións pre-implantatarios aceptarán-se as investigacións que inclúan a substituíción do núcleo celular (técnica coa que meses antes se clonara unha ovella en Escocia), sempre que tais embrións non sexan despois transferidos ao útero<sup>24</sup>. Quer dicir, que se admitiría a clonación humana sen finalidades reprodutivas, como por exemplo futuras aplicacións tais como a criazón de liñas celulares para reconstruír músculos ou mesmo órganos.

Nese mesmo documento admítese como “eticamente aceptábel” a reprodución animal por clonación para usos farmacéuticos (produción de animais clónicos que expresen unha mesma proteína) e económicos, ou para lograr maior produtividade de especies seleccionadas. Exíxense no entanto, unha serie de requisitos para que sexa preservada a biodiversidade xenética.

Dado que a Comisión carece de competencia para regular estas cuestións, o grupo asesor propón que esta postura e as prohibicións que expresa sexa recomendada aos estados membros, que a Unión europea non financie investigacións deste tipo, e que non se permitan as patentes para métodos de clonación de individuos.

Xa en 1998, a exclusión da patentabilidade de procedementos de clonación de seres humanos foi o criterio seguido finalmente pola Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeo e do Consello relativa á protección xurídica das invencións biotecnolóxicas<sup>25</sup>. O seu artigo 6.1 exclúe de patentabilidade ás “invencións cuxa explotación comercial sexa contraria á orden pública ou á moralidade”. No apartado segundo específica que entre este tipo de invencións excluídas de patentabilidade están os procedementos de clonación de seres humanos, os procedementos de modificación da identidade xenética xerminal do ser humano e as utilizacións de embrións humanos con fins industriais ou comerciais. Hai que reiterar -e neste ámbito competencial non podía ser doutra maneira- que se trata unicamente dunha *exclusión de patentabilidade*, non dunha prohibición desas condutas<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Foi aprobada por 458 votos a prol, 6 en contra e 25 abstencións.

<sup>23</sup> N. Lenoir, “Normativa francesa, europea e internacional en materia de bioética”, en *Rev. Der. Gen. II.*, 1/94, p. 90. O grupo HER (Human Embryo and Research) reuniu expertos e fixo dous informes, o primeiro en 1992 sobre o preembrión e o segundo en 1994 sobre embrión postimplantado.

<sup>24</sup> En España está permitida a investigación utilizando embrións. Mais non a clonación, que mesmo está tipificada como delito.

<sup>25</sup> Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 6 de xullo de 1998 relativa á protección xurídica das invencións biotecnolóxicas (DOCE L 213 de 30-7-1998).

<sup>26</sup> Apesar desta limitación, e no entanto da retórica dos seus principios a Directiva é sumamente permisiva no sentido que abre definitivamente a porta á patentabilidade de materia viva en Europa. De todas formas esta limitación aínda terá que ser incorporada ás lexislacións estatais. Non hai que esquecer que a patente do procedemento de clonación polo que naceu a ovella “Dolly” tiña a pretensión de cubrir ese procedemento en calquer especie, o que loxicamente incluíría á humana.



### 3. A REGULACIÓN NOS PAÍSES DA UNIÓN EUROPEA

Despois desta panorámica das regulacións, acordos e declaracións de nivel supraestatal, o exame vai-se trasladar agora á lexislación interna dos países da Unión Europea (coa xa mencionada exclusión de España). Para iso dividirán-se en dous grupos, segundo os países que contan cunha lexislación máis ou menos concreta na materia, e aqueloutros que -pola razón que sexa- apenas teñen algunha referéncia (habitualmente na regulación da filiación, ou máis raramente no código penal). Os países que contan con lexislación específica son o Reino Unido, Franza, Alemaña, Suécia, Austria e Dinamarca. Os tres primeiros (máis Suécia pola particularidade do seu réxime xurídico) serán examinados con algo máis de detalle, tanto polo seu peso, como pola relevancia e influencia da súa regulación nesta materia concreta.

#### 3.1. Países que contan con lexislación específica

##### 3.1.1.O Reino Unido

Como se sabe, foi no Reino Unido onde tivo lugar o primeiro nacemento dunha bebé probeta<sup>27</sup>. Foi tamén, onde se realizou un dos máis coñecidos, polémicos e influentes informes oficiais sobre as novas tecnoloxías reprodutivas: o *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, máis coñecido como *Warnock Report*, polo nome da súa presidenta Mary Warnock<sup>28</sup>. Este informe, encargado polo goberno conservador en 1982, foi publicado en xullo de 1984, e a súa repercusión ultrapasou o marco do Reino Unido, sendo de importancia a súa influencia na España.

O informe recolle até 64 recomendacións -corolarios do corpo argumentativo- que tratan cinco grandes cuestións<sup>29</sup>:

-A necesidade da criazón dun órgano de controle das distintas prácticas relacionadas coa reprodución asistida e os embrións. Este órgano sería o competente para a concesión de licencias e autorizacións para as prácticas admitidas de inseminación artificial e fecundación *in vitro*. Asimesmo podería emitir licencias para as prácticas de doazón de gámetas e embrións (permitiríase a compra-venta se media autorización deste organismo) a súa crioconservación (salvo os óvulos), e a investigación sobre embrións. Este organismo en nengun caso podería admitir prácticas como a obtención de embrións por lavado uterino<sup>30</sup> nen a conxelación de óvulos. Estarían asimesmo prohibidas prácticas como a da hibridación (no entanto nalguns casos se podería admitir, sempre que o desenvolvemento embrionario non ultrapasase as dúas células), e o mantimento dun embrión sen implantar para alén do día catorce.

<sup>27</sup> Por outra banda, o Reino Unido é un dos poucos países en que nalguns hospitais públicos este tipo de tratamentos son completamente gratuítos.

<sup>28</sup> M. Warnock, *A Question of life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Blackwell Publishers, Oxford, 1993 [1984].

<sup>29</sup> Hai tamén tres votos particulares, un referido ás maternidades subrogadas e os outros á investigación sobre embrións.

<sup>30</sup> Consiste na retirada dun embrión do seo dunha muller para transferi-lo a outra. O caso típico consistiría nunha inseminación artificial dunha muller para a posterior transferencia do feto á conxuxe do home que fornecera o semen, isto é, unha especie da maternidade de substituíción para o momento da concepción. Trátase dunha técnica que non sempre é inócua para a muller á que se lle retira o embrión: pode que algun embrión non sexa retirado (embarazo non desexado), ou simplemente desprazado (producindo-se un embarazo extrauterino). Por todo isto, é unha técnica moi pouco utilizada, aínda que non está totalmente abandonada.

-Os principios que regularán estas prestacións. Entre estes principios recolle-se o anonimato do “doador”, o consentimento informado e formal, a licitude da eleición do sexo da descendencia, a limitación no tempo de almacenaxe de embrións (tras o cal o dereito de determinar o seu uso ou destrución pasa á autoridade do almacenaxe). Para o caso de embrións almacenados, se un membro da parella morre, o supérstite ten o dereito de dispor o uso ou distribución de calquer embrión almacenado. Se morren ambos, o dereito pasa á autoridade de almacenaxe. O mesmo ocorrería se non houberse acordo entre os dous membros da parella.

-As recomendacións para a organización e disciplina destas prestacións no Servizo Nacional de Saúde, establecendo algúns dos requisitos que haberán de reunir os centros onde se realicen estas prácticas.

-O establecemento duns límites legais á investigación sobre embrións, que visarian fornecer de algun tipo de protección legal aos embrións. Ademais, o órgano de control debería promulgar unha serie de principios limitando a investigación para alén das restricións legais. Entre as restricións legais haberá de figurar a prohibición da implantación de embrións que tivesen sido obxecto de investigación, así como a tipificación de algúns delitos (como a hibridación ou o comercio de gámetas e embrións).

-Modificacións na lexislación vixente. Propúñan-se modificacións en materia de filiación, para os casos de doazóns. Tamén a prohibición de acordos comerciais de maternidade subrogada, a meio da persecución penal das axencias intermediarias (lucrativas ou non) e da ilegalidade dos contratos que realizen. Igualmente, propúñase a permisión da fecundación *post mortem*, aínda que sen dereitos sucesorios para o neno que non estivese no útero materno en data da morte do pai. Do mesmo xeito, recomendábase o establecemento dunha regulación que recoñecese o dereito de propiedade sobre os embrións.

Poisben, o 16 de xullo de 1985, no que se pode considerar como unha consecuencia lexislativa directa das teses defendidas no *Warnock Report*, promulga-se a *Surrogacy arrangements Act*, seguindo efectivamente a liña proposta no informe sobre a cuestión das “maternidades de aluguer”. Do mesmo xeito, en maio de 1987 aproba-se a *Family Law Reform Act*, onde se regula a filiación dos nenos nacidos mediante inseminación artificial, con validez para Inglaterra e Gales.

Sen embargo habería-se de agardar seis anos antes de que se promulgase unha lei que regulase en detalle os aspectos que trataba o *Warnock Report*: foi en 1990 cando se aprobou a *Human Fertilisation and Embryology Act*. Esta lei regula as actividades relacionadas cos embrións, establecendo prohibicións (e delitos), e criando -tal e como recomendara o *Warnock Report*- un organismo de control da fecundación humana e embrioloxía. Na realidade, boa parte da lei se adica á regulación da organización e competencias do citado organismo, chamado *Human Fertilisation and Embryology Authority* (Consello de Fertilización Humana e Embrioloxía), delegando nel a posibilidade de elaboración de directrices xerais que regulen concretamente as prácticas contempladas na lei. Nesta lei tamén se regulan de forma pormenorizada os requisitos da concesión de licencias, e con isto, a disciplina das actividades realizadas polos centros autorizados.

As funcións xerais do Consello serán principalmente revisar e submeter a seguimento as informacións sobre as prácticas de reprodución asistida e outras actividades que envolvan embrións humanos. O Consello tamén ofrecerá asesoramento e información aos solicitantes das licencias para estas actividades, así como ás persoas submetidas a tratamento, e a doantes de gámetas ou embrións.

O Consello pode conceder tres tipos de licencias: de tratamento, de almacenaxe e de investigación. En principio as condicións das licencias exigen que non poda mediar

diñeiro no subministro de gámetas e embrións, aínda que se podería autorizar o contrario (“*unless authorised by directions*”).

Para a concesión de licencias de tratamento exíxese -á parte dunhas certas condicións técnicas- unha adecuada información e arquivo dos datos das persoas implicadas. Tamén son exixidos outros requisitos, como que en todo tratamento se teña en conta o futuro do neno (“*including the need of that child for a father*”)<sup>31</sup>; asimesmo exíxese a autorización das persoas fornecedoras, para todo uso de gámetas ou embrións en mulleres submetidas a tratamento.

Para a concesión do permiso de almacenamento de gámetas e embrións exíxese que non se conserven gámetas ou embrións alén dun período que non excederá dos dez anos para os primeiros e de cinco para os segundos. De se superar este período, deixarán-se morrer. De feito, isto foi o que ocorreu no verán de 1996 -no meio dunha grande polémica- cando transcorreu o prazo marcado pola lei, e que afectaba a unha grande cantidade de embrións almacenados desde antes da entrada en vigor da lei.

Con respecto ao permiso de investigación, as condicións máis importantes son que nengun embrión que fose destinado a estes fins poderá gardar-se ou ser destinado a outra cousa. Porén, esta é permitido criar e gardar embrións fecundados *in vitro* con destino á investigación, sempre que esta estexa autorizada e especificada. De todas formas, os fins autorizados da investigación e experimentación que teña como obxecto embrións son taxados<sup>32</sup>.

O Consello de Fertilización humana e Embrioloxía estará ademais encargado da redacción específica dun código de conduta que sirva de guía para o correcto desenvolvemento das actividades autorizadas. Asimesmo poderá ditar normas para calquer fin dos comprendidos nos principios reitores da lei, e mesmo emitir ditames sobre asuntos específicos. Canto á composición do Consello, os seus membros serán de designación governamental, e se garantirá que estexa representado tanto o punto de vista dos homes como das mulleres. Como mínimo un terzo, mais sen chegar á metade dos membros, serán médicos, persoas relacionadas co mantimento de gámetas ou embrións fora do corpo, ou persoas relacionadas directamente co patrocínio ou financiamento das investigacións sobre estas materias.

As limitacións e prohibicións están espalladas pola lei en conexión coa necesidade e os requisitos para as autorizacións. Sen embargo tamén hai prohibicións sustantivas, conectadas ademais con figuras delictivas. As máis graves -con penas de até dez anos de prisión e/ou multa- son a implantación en mulleres de gámetas ou embrións non humanos, a mestura de gámetas humanos e animais, ou a implantación de embrións humanos en animais; o almacenamento de embrións despois de que teña aparecido a “liña primitiva” (“*primitive streak*”)<sup>33</sup>; e a substitución do núcleo dunha célula do embrión, polo núcleo de outra<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Isto non significa que se permita o acceso tan só ás parellas, senon que -como é habitual nesta lei- se remite á regulación que faga o Consello de Fertilización humana e Embrioloxía. O Consello, na parte terceira do seu Código Deontolóxico ditado en 1992 deixa abertas outras posibilidades.

<sup>32</sup> A mellora tratamento da infertilidade; o coñecemento das enfermidades conxénitas; o coñecemento sobre causas de nacementos malogrados; o desenvolvemento de técnicas de contracepción máis eficaces; a mellora dos métodos para a detección de anomalías; e outros fins autorizados regulamentarmente (Anexo 2).

<sup>33</sup> Aínda que a formulación do criterio é diferente, ven coincidir cos catorce días da lexislación española, pois é aos catorce días cando aparece a “liña primitiva”. A liña primitiva é un lixeiro avultamento no embrión que sinala a orixe da diferenciación funcional das células e marca así a orixe remota dos órganos.

<sup>34</sup> É o que se coñece como “transferencia nuclear”. Estaría destinada a producir un clon do individuo do que se extrae a célula cuxo núcleo é transplantado (pois o núcleo contén a información xenética). É a técnica que se ten utilizado -neste caso en animais- para a cría da coñecida ovella “Dolly”.

A lei inglesa de 1990 tamén regula algunhas cuestións relativas á determinación da filiación. Hai que destacar que esta lei ofrece a posibilidade do recoñecemento da filiación matrimonial dun neno concebido por unha muller allea a ese matrimonio, pero con gámetas procedentes do mesmo (art. 30), sempre que esta terceira consinta. Isto ven a significar unha porta para a consecución das finalidades que visan os acordos de maternidade subrogada. A determinación desta filiación haberá de ser efectuada por un tribunal que terá asimesmo de comprobar que non houbo compensación económica.

Ainda que as doazóns son anónimas, os nados tras unha doazón de gámetas, unha vez cumpridos os 18 anos, poden solicitar información aos centros autorizados, o que non incluírá a identidade do doador. Tamén se regula a revelación de información en interese da administración de xustiza.

A regulación contida nesta lei afasta-se en determinados aspectos das recomendacións do *Warnock Report*. Para alén de diferenzas pontoais -aínda que non de pouca importancia, como a autorización desta volta da técnica do lavado uterino- observa-se neste caso quizais un maior peso do principio do consentimento informado. Sobre todo para autorizar usos posteriores de gámetas e embrións (investigación, doazón a terceiros), e a declaración previa sobre o destino dos mesmos para o caso de non poder manifestar validamente a vontade no futuro. Esta lei tamén trata outra serie de cuestións como o aborto, e mesmo modifica -aínda que sen mudar a orientación- a xa citada *Surrogacy arrangements Act*.

O Consello de Fertilización humana e Embrioloxía aprobou en 1992 un Código Deontolóxico que contempla polo miúdo as cuestións tratadas na lei de 1990.

Por outra banda, existe tamén a *Voluntary Licensing Authority*, que é un orgao creado conxuntamente polo coléxio de obstetricia e o consello da investigación médica, e que dictan recomendacións aos centros<sup>35</sup>. A súa criazón, en 1985, xustificou-se pola necesidade de remediar o retraso en se acolleren as recomendacións do informe *Warnock*<sup>36</sup>.

No que respecta á clonaxe, o informe *Warnock* citaba-a entre os posibles desenvolvementos futuros en investigación. No entanto non facía outra indicación que a recomendación xeral de que o organismo encarregado de outorgar licencias promulgase un guía sobre qué tipos de investigación (á parte das legalmente excluídas) poderían ser consideradas como eticamente inaceitábeis e excluídas de licéncia (recomendación 49).

Como se ten visto, a lei de Fertilización Humana e Embrioloxía tipifica como delito a "transferencia nuclear"<sup>37</sup>. Deste xeito castiga-se unha das posibles formas de clonación, pero non hai na lei nengunha previsión xeral, o que ten levado á propia M. Warnock a propugnar a emenda da lei para prohibir calquer forma de clonaxe humana; en parecidos termos se ten pronunciado a Comisión de Ciencia e Tecnoloxía da Cámara dos Comuns, e -en contestación a unha pregunta parlamentar- a Ministra de Saúde Pública, durante a primavera de 1997<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> C. Byk, "Éléments de droit comparé relatifs à la procréation artificielle humaine", en *Éthique et révolution de la reproduction (Actes du Coloque)*, Privat-ESHRE, Toulouse, 1987, p. 174.

<sup>36</sup> VLA, Voluntary Licensing Authority, "Consequences of new regulations in reproductive medicine and human embryo research in the relationship with science, ethics and the law", en C. Byk (dir) *Procreation artificielle où en sont l'éthique et le droit*. Lyon, Alexandre Lacassagne, 1989, p. 355.

<sup>37</sup> Vexa-se nota 33.

<sup>38</sup> AAVV *On Cloning. European and International Instruments*, Centre for Ethics and Law, Copenhagen, 1998, p. 14. Non obstante, un informe científico elaborado a petición do goberno e divulgado a comezos de 1998 aclaraba que se a investigación sobre a clonación en humanos conseguía un grao suficiente de apoio, poderían-se comezar os traballos en 1999. Por outra parte, o Goberno non ten fechado a porta a investigacións deste tipo na medida en que pudesen ser de utilidade para a curación de determinadas doenzas.

### 3.1.2. Franza

A atención pública aos procedementos de reprodución asistida é moi importante neste país. As principais técnicas están moi difundidas e xa contan cunha certa tradición. As primeiras tentativas de fecundación *in vitro* realizadas na Franza foron en 1978, aínda que o primeiro nacemento non tivo lugar até 1982 (en 1986 o primeiro caso con embrión conxelado). Franza, xunto con Israel e Australia está entre os países nos que máis se practica a fecundación *in vitro* a nivel mundial<sup>39</sup>. O sistema de seguro sanitario nacional reembolsa os gastos de fecundación *in vitro*, de terapia xénica e de probas xenéticas, como gastos de tratamento ou diagnóstico.

Apesar disto até hai pouco non había unha regulación xurídica completa sobre esta materia<sup>40</sup>. Isto tiña a ver tanto co desenvolvemento dun particular sistema de bancos de semen, os CECOS, que establecían unha autoregulación sobre as súas actividades en materia de reprodución asistida, como coa división e debate habido sobre a conveniencia e o xeito de elaborar unha regulación xurídica. En todo caso, facía-se notar o que foi cualificado como unha “resistencia” dos lexisladores a regular sobre o dominio do corpo<sup>41</sup>.

Os CECOS (*Centre d'études et Conservation des Oeufs et Sperme humains*) forman unha rede centralizada de bancos de esperma. Organizan e regulan a práctica de inseminación artificial con doante, e ao tempo buscan tamén o mellorar a imaxe pública desta práctica como un tratamento aceptábel para a infertilidade. A rede foi fundada en 1973 por Georges David: nese ano, criáron-se en París os dous primeiros bancos de esperma franceses. Formou-se unha estrutura autónoma de tipo asociativo entre estes centros, que á súa vez instituían un Consello no que se incluían representantes de distintos ramos médicos ou de institucións como o Ministerio da Saúde, as universidades, etc. Entre os principios que instituíron para a súa práctica están: a gratuidade da doazón; a exixencia de prévia paternidade do doante; o seu anonimato; e a noción de doazón desde un matrimonio a outro. Acarón dos CECOS, tamén existe na Franza, para centralizar a actividade de fecundación *in vitro* as organizacións GEF e FIVNAT. O primeiro é o Grupo de Estudos da Fecundación na Franza, unha estrutura que agrupa aos biólogos e clínicos de máis de cen centros onde se practica a fecundación *in vitro*. O FIVNAT é un ficheiro nacional informatizado relativo á fecundación *in vitro*, no que participan todos os membros do GEF e que elabora informes desta actividade tanto a nivel estatístico como científico<sup>42</sup>.

A primeira actuación lexislativa de relevancia remonta-se á lei de 12 de xullo de 1978 a meio da cal o seguro de enfermidade toma ao seu cargo o tratamento da esterilidade, incluíndo a inseminación artificial<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> N. Lenoir, “Normativa francesa, europea e internacional en materia de bioética”, en *Rev. Der. Gen. H.*, 1/94, pp. 73-92.

<sup>40</sup> Sen embargo, xa en 1953 o anteproxecto de Código civil dispuña no seu artigo 490 que non se admitiría a impugnación da paternidade se ficaba demostrado que o neno fora concebido por inseminación artificial ben por obra do marido ou ben dun terceiro co consentimento escrito de aquel (M. Carcaba, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 49).

<sup>41</sup> I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994, p. 313. Sen embargo, en canto esta “resistencia” se superou, a regulación foi moi ampla.

<sup>42</sup> J. Testart, *La procreación artificial*, Debate, Madrid, 1994, p. 113.

<sup>43</sup> A sanidade pública francesa reembolsa até un total de catro ciclos de FIV.

En maio de 1984 presenta-se un proxecto de lei referente a estas materias que non chega a fructificar. Sen embargo marca o comezo dunha serie de estudos previos á regulacion xuridica. Un primeiro informe, elaborado por un grupo de dous xuristas e tres biólogos encabezados por M. O. Alnot foi remitido ao Primeiro Ministro en 1986. Nel pretendia-se recoller os puntos de vista dos profesionais afectados, asi como sintetizar as diferentes correntes de opinión existentes na sociedade francesa. A finais dese mesmo ano o Primeiro Ministro encargou ao Consello de Estado -órgao consultivo permanente do goberno en materia lexislativa- a elaboracion dun estudo. O estudo, *De l'Ethique au Droit*, foi-lle remitido en marzo de 1988 e serviu como referencia para a elaboracion de subseguintes proxectos lexislativos<sup>44</sup>.

O 8 de abril de 1988 publicaron-se os Decretos 88-327 e 88-328 relativos respectivamente á actividade de procriacion asistida con intervencion médica e á criacion dunha Comision nacional para a medicina e a bioloxia da reproduccion. O primeiro deles regula as actividades de recolleita de ovocitos humanos e o seu transferimento unha vez fecundados e a recolleita de esperma, tratamento de gametas, conservacion de gametas e ovocitos fecundados, e fecundacion *in vitro* (art. 1)<sup>45</sup>.

O 18 de xullo de 1990, o *Comité Consultatif National d'Ethique* para as ciencias da vida e da saúde (criado por decreto 83/132 de febreiro de 1983), publicou un informe sobre a organizacion da doazon de gametas e sobre as suas consecuencias<sup>46</sup>. Nel advertia-se que a resultas da aplicacion dos decretos anteriormente citados, permitiria-se unha multiplicacion dos centros, o que poderia dar lugar a riscos graves do punto de vista ético e da saúde pública. Interrogaba-se o Consello até qué punto pode ser compatibel a autorizacion a organismos privados rexidos pola lei do beneficio coa existencia de non comercializacion dos órgaos e tecidos humanos.

Tamén entre a doutrina xuridica existian voces que denunciaban as carencias do dereito á hora de regular as materias relativas ao corpo humano<sup>47</sup>. Precisamente, unha característica do debate sobre a procriacion medicamente asistida na Franza, estaba a ser a sua insercion nun debate máis global sobre o estatus do corpo humano face aos avances biomédicos e tecnolóxicos<sup>48</sup>. Mesmamente a cuestion do corpo tiña dado lugar, nas suas diferentes manifestacions, a existencia de algunha xurisprudencia, aínda que lonxe de seguir criterios homoxéneos tendia a acrecentar na incerteza.

O 31 de decembro de 1991, publica-se Lei 91-1406 de 31 de decembro de 1991 sobre disposicións diversas en materia social, cuxo artigo 13 ven referido á recollida,

---

<sup>44</sup> C. Byk, "Réforme du droit et reproduction artificielle: le processus français d'élaboration législative" en C. Byk (dir) *Procreation artificielle où en sont l'éthique et le droit*, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989, pp. 286. Está presidido pola intención de tirar todas as consecuencias do principio de integridade da persoa. Neste sentido, afirma que o principio de autonomia da vontade debe ser consagrado, pero non de xeito exclusivo. Polo que respecta á reproduccion asistida, afirma que o interese do neno é o ser criado por unha familia composta de pai e nai.

<sup>45</sup> No mesmo se regulan de xeito bastante pormenorizado os requisitos e funcionamento dos centros que realizan estas actividades, através dun sistema de autorizacions. Poucos dias despois, publica-se a Circular de 28 de abril de 1988 nº 103 do Ministro de Sanidade ás distintas autoridades rexionais sobre a aplicacion de tais decretos, nos que se afirma que teñen como obxectivo o encuadramento cuantitativo e cualitativo de tais actividades.

<sup>46</sup> O 23 de outono de 1984 tiña publicado un *Ditame sobre os problemas éticos nacidos das técnicas de reproducción asistida*. Tamén publicou ditames sobre a investigacion sobre o embrión (1986) e diagnóstico prenatal (1985).

<sup>47</sup> I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994, p. 20.

<sup>48</sup> B. Edelman, "Sujet de droit et techno-science", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1989, pp. 165-179.; I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994.

tratamento e conservación de esperma provinte de doazóns. É interesante sinalar como até ese momento a disposición dos propios gámetas (que através dos CECOS viña funcionando institucionalmente desde case vinte anos antes) movía-se na realidade nunha situación de a-legalidade. No entanto, a imensa maioría da doutrina xurídica consideraba-a lícita, sobretudo atendendo á antecitada lei de 12 de xullo de 1978 sobre o tratamento da esterilidade. Tamén os tribunais o consideraron lícito, argumentando que non estando regulada había de se ter por lícita<sup>49</sup>. Mais neste sentido, o *Comité Consultatif National d'Ethique*, no seu informe de 15 de nadal de 1989 tiña recoñecido mais ben que “de quelque façon qu'on apprécie éthiquement le don de sperme, l'insémination artificielle avec donneur est devenue un fait social. Son renvoi à la clandestinité aurait selon toute vraisemblance des conséquences plus négatives que son encordiamment par une réglementation”.

Así que, finalmente, tentando facer fronte aos problemas denunciados polo Comité Nacional de ética, e despois de distintos informes e traballos previos realizados, o 29 de xullo de 1994 publican-se toda unha serie de leis relativas a estas materias: a lei nº 94-653 *relative au respect du corps humain* e a lei 94-654 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*<sup>50</sup>.

A lei sobre o respeito do corpo humano, modifica o Código Civil para conferir ao corpo (así como aos seus órganos e patrimonio xenético) carácter de inviolabilidade e indisponibilidade, e declarar que o mesmo non pode ser obxecto de un dereito patrimonial. Asimesmo declara-se tamén a inviolabilidade da especie, vetando neste sentido a euxenésia, que se castiga con vinte anos de prisión. Esta lei tamén inclúe disposicións tendentes á regulación das probas xenéticas, así como sobre a identificación polas chamadas “pegadas xenéticas”.

Polo que respeita á reprodución, tamén se introduce no Código civil unha disposición segundo a cal todas as convencións habidas sobre procriazón ou xestación por conta dunha terceira muller son nulas. Esta disposición vé-se reforzada por unha reforma do Código penal, na que se castiga a intermediación neste tipo de arranxos. Mais esta non é a única conduta castigada penalmente. O Código penal é reformado para se castigaren numerosas condutas relacionadas con reproducións asistidas realizadas sen cumprir os requisitos legais previstos para as mesmas. Así por exemplo tipifica-se a obtención de gámetas sen consentimento, a revelación da identidade de doantes ou receptores de gámetas, etc. Tamén se castiga penalmente a obtención de embrións humanos mediante pago, ou fecundá-los para fins de investigación ou industriais, así como a realización de actividades de reprodución asistida ou diagnóstico prenatal sen os requisitos e autorizacións sinalados por lei.

O acceso ás técnicas de procriación artificial está reservado a parellas heterosexuais vivas (prohíbese a inseminación *post mortem*) e que acrediten dous anos de convivencia (casadas ou non). Reservan-se ademais estas técnicas para casos de infertilidade ou de situación de risco para a saúde. Incorpora-se ademais un requisito que dificulta o beneficiar-se da doazón de gámetas: a parella ha de manifestar o seu consentimento formalizado ante o xuíz ou notario para ofrecer garantías ao futuro fillo de non ser rexeitado.

<sup>49</sup> I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994, p. 215.

<sup>50</sup> Para a aprobación das dúas anteriores leis, vai ser necesaria a prévia declaración da súa constitucionalidade, por Decisión do *Conseil Constitutionnel* nº 94-343-344 de 27 de xullo de 1994.

Asimesmo, modificou-se neste sentido a Lei de investigación biomédica sobre seres humanos (publicada en 20 de decembro de 1988), e aprobou-se unha lei de proceso de datos con fins sanitarios o 1 de setembro de 1994.

No caso dos embrións conxelados, solicita-se aos membros da parella que todos os anos confirmen por escrito o seu consentimento para manter a conservación, e en caso algun se poderá té-los conservados alén de cinco anos. En casos excepcionais permítese que unha parella se beneficie dos embrións de terceiros, nunha especie de “adopción de embrión”.

Institúese asimesmo a *Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal*, encargada de emitir informes sobre as demandas de autorización para exercer actividades de asistencia médica á procreación, así como da avaliación dos centros autorizados.

Finalmente, condeáase a investigación con embrións: aínda que ambiguamente permítese a “observación e estudo”<sup>51</sup>, o réxime en xeral é restritivo<sup>52</sup>.

### 3.1.3. Alemaña

En maio de 1984, os Ministros de Xustiza e de Investigación e Tecnoloxía criaron un grupo de traballo interdisciplinar integrado por médicos, biólogos, xuristas, filósofos e relixiosos para a realización dun informe sobre fecundación *in vitro* e outras materias relacionadas<sup>53</sup>. En novembro do ano seguinte esta comisión rematou o informe, chamado Informe Benda en referencia a Ernst Benda, presidente do grupo.

O informe Benda refería-se tanto á reprodución asistida como á investigación con embrións, sendo moi restritivo nas propostas contidas nas súas conclusións. Na cuestión da reprodución asistida posicionábase por un acceso a estas técnicas limitado aos matrimonios (aínda que excepcionalmente a parellas non casadas) e só para o tratamento da esterilidade. Admitía, aínda que non recomendaba, a doazón de esperma -e nunca co anonimato do doador-, non admitía a doazón de óvulos, e só xustificaba a doazón de embrións na medida en que fose para preservar a vida do embrión en proveito dun matrimonio. Asimesmo, só aceptaba a conxelación dos embrións cando non era posíbel a transferencia inmediata.

As conclusións deste informe, así como tamén as directrices corporativas dos médicos alemáns eran bastante reacias a estas prácticas, que por entón xa se estaban a realizar na Alemaña sen control algun por parte dos poderes públicos<sup>54</sup>.

Apesar disto, dúas decisións xurisprudenciais, a segunda delas do Tribunal Constitucional Federal, viñeron a desincentivar na práctica o recurso a estas técnicas e, sobretudo, á utilización de semen de terceiro<sup>55</sup>. No ano 1983 unha decisión do *Bundesgerichtshof* declaraba que non estaba excluída a acción de impugnación da paternidade interposta polo marido da nai contra un neno exendrado coa axuda da inseminación artificial con gámetas de doante, aínda mesmo se o marido consentira a intervención. Isto retraía este tipo de prácticas con respecto aos demais países occidentais,

---

<sup>51</sup> N. Lenoir, “Normativa francesa, europea e internacional en materia de bioética”, en *Rev. Der. Gen.* II, 1/94, p. 83.

<sup>52</sup> Non se contemplan restriccións nen prohibicións expresas con respecto á clonaxe. Aínda que as restriccións na investigación con embrións poderían interpretarse neste sentido (de prohibición de determinadas vías de clonaxe que eventualmente precisasen unha intervención experimental nos embrións), non parece esta unha solución adecuada. Desde o momento en que Franza é asinante do Protocolo Adicional sobre clonaxe do Convénio do Consello de Europa, é quizais previsíbel unha reforma lexislativa neste sentido.

<sup>53</sup> Tamén tratou sobre a análise do xenoma humano, e a terapia xénica.

<sup>54</sup> E de O. Leite, *Procriações artificiais e o direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 227.

<sup>55</sup> L. Salgo, “Some aspects of the recent discussion about artificial reproduction and the law in FRG”, en G. Ferrando (ed.) *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, pp. 103-113.



polo menos nos hospitais públicos<sup>56</sup>. Por outra parte, en xuño de 1989 o Tribunal Constitucional declaraba o dereito de todo neno de investigar a identidade do seu pai biolóxico, sen que portanto nengunha lexislación puidese establecer trabas que impedisen o facer efectivo este dereito.

Nesta situación, o “Informe Benda” non se plasmou de inmediato na lexislación. Haberían de transcorrer cinco anos até a aprobación de unha lei sobre a materia: a *Embryonenschutzgesetz - ESchG*, ou Lei sobre a tutela dos embrións, de 13 de decembro de 1990. A necesidade dunha norma de protección dos embrións xa ficara patente desde a decisión sobre do aborto do Tribunal Constitucional en 1975. Naquela sentenza, considerara-se que apartir do día catorce da xestación -isto é, cando se produce o aniñamento do embrión- o embrión era un ser humano. Paradoxalmente, esta sentenza ao tempo que restrinxía fortemente a posibilidade de realizar interrupcións do embarazo, deixaba unha valdeiro en relación ao estatus do embrión até o día catorce, o que se veu a acentuar posteriormente coa posibilidade de manter conxelados embrións *in vitro*.

A lei de protección do embrión aprobada en 1990 resultou ser unha norma de carácter penal -sumamente restritiva- que se ocupa apenas de describer as condutas penadas, pero sen establecer máis que nesta medida o marco xurídico das prácticas de reprodución asistida na República Federal de Alemaña. Loxicamente, entende-se que o permitido é o que non está penado. Así, está castigado con diferentes penas (até cinco anos de prisión para as condutas máis graves)<sup>57</sup>:

-Transferir a unha muller óvulos doutra muller, ou mesmo a fecundación dos mesmos se non é con destino á mesma muller da que se obtiveron. Quer dicir, tamén está castigada a fecundación se non é con destino a provocar un embarazo, así como o uso, adquisición etc. dun embrión que non estexa destinado a tal fin.

-Transferir a unha muller máis de tres embrións ou óvulos por ciclo, e mesmo efectuar a fecundación dun maior número de embrións dos que se vaian transferir no mesmo período<sup>58</sup>.

-O lavado uterino.

-A maternidade de substituíción. Neste caso, contrariamente aos anteriores, a sanción atinxe tamén á muller á que se lle realizase tal práctica.

-A selección de sexo salvo para previr doenzas hereditarias.

-A fecundación *post mortem*.

-A realización de todo este tipo de prácticas sen o consentimento da muller afectada.

-A manipulación das células da liña xerminativa humana (con algunhas excepcións)

-A clonación, ou a criazón de quimeras ou híbridos.

<sup>56</sup> E. Bernat, “La procréation assistée et la recherche sur l’embryon *in vitro*. Quelques remarques sur l’état de la discussion en Autriche et en Allemagne”, en C. Byk (dir) *Procréation artificielle où en sont l’éthique et le droit*, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989, p. 147.

<sup>57</sup> Neste sentido, aínda que o panel de condutas castigadas é moi amplo, as penas maiores son contido inferiores ás que se inclúen noutras lexislacións europeas.

<sup>58</sup> Esta medida aparece xustificada coa finalidade de evitar “embrións sobrantes” que non se van transferir e que previsiblemente serán conxelados. Sen embargo esta medida (e máis pola vía penal), ten unha serie de consecuencias prácticas indesexábeis, particularmente para a saúde e a integridade das mulleres afectadas. Non é posíbel reproducir aquí unha argumentación da que me teño ocupado noutro lugar (*Reproducción, poder y derecho*, Trotta, Madrid, 1998 [en prensa]).

En definitiva toda unha série de infraccións, entre as que tamén se inclúe de xeito sobranceiro a investigación sobre os embrións. Un enfoque restritivo que adoita ser asociado coa nefasta experiencia do nazismo e das prácticas eugenésicas e abusivas levadas a cabo durante este réxime<sup>59</sup>. Porén, numerosos xuristas teñen avaliado moi criticamente esta normativa, tanto na Alemaña como en España<sup>60</sup>. Dela ten-se criticado tanto a súa técnica, canto que probabelmente ten rebasado o principio de intervención mínima do dereito penal, e se situa nunha liña claramente diferenciada cos países do seu entorno<sup>61</sup>.

Ha tamén que mencionar que poucos meses antes da promulgación da lei de protección dos embrións, a Comisión Federal de médicos tiña ditado a *Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärzliche Massnahmen zur künstlichen Befruchtung*, ou Directiva da Comisión Federal de médicos e Caixas de Enfermidade sobre procedementos médicos en materia de fecundación artificial, de 14 de agosto de 1990. Estas directrices tenden, en xeral, a unha restrición das prácticas de reprodución asistida no sentido de as limitar aínda máis ao seo das parellas, especialmente sen intervención de terceiros provedores de semen.

### 3.1.4. Suécia

En decembro do ano 1984 foron aprobadas dúas leis na Suécia que viñan a regular a cuestión da inseminación artificial<sup>62</sup>: a lei 1139, que modificaba o código de relacións entre xenitores e fillos, e a Lei 1140, sobre inseminación. Unha das características máis chamantes desta segunda -que entrou en vigor en marzo do ano seguinte- é que establece o dereito do neno concebido mediante inseminación artificial con semen de doador, a coñecer os datos do mesmo que estarán anotados no rexistro do hospital (incluíndo a súa identidade), apenas teña acadado a maturidade suficiente<sup>63</sup>. No entanto, estes datos non poden ser revelados a petición de terceiros, nen sequer dos pais. Esta é a particularidade máis chamante da lexislación sueca, pois adopta unha posición

---

<sup>59</sup> L. Salgo, "Some aspects of the recent discussion about artificial reproduction and the law in FRG", en G. Ferrando (ed.) *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, pp. 103-113; N. Lenoir, "Normativa francesa, europea e internacional en materia de bioética", en *Rev. Der. Gen. II.*, 1/94, pp. 73-92.

<sup>60</sup> C. Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 108.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 224. No entanto, Marcelo Palacios (Intervención nas *Jornadas para el análisis de la investigación en biología molecular*, Cortes Generales, Madrid, 1995, p. 109) enfatiza como moitos dos criterios máis extendidos sobre a interpretación da lei alemá, son errados, e que non é tan restritiva como parece na cuestión dos embrións e concretamente na súa utilización para a investigación. Isto é así porque no seu artigo 8 afirma que esa lei só será de aplicación aos embrións "entwicklungsfähig", quer dicir, viáveis, o que para Palacios significa que non pena en absoluto o que se faga con embrións non viáveis. Porén, estas observacións non empeceñ a crítica da utilización da lei penal para a regulación da cuestión, á parte que se refíren a unha cuestión pontual.

<sup>62</sup> Suécia foi pioneira en canto ás tentativas de regulación da inseminación artificial. A finais dos anos cuarenta criou-se unha Comisión que en 1953 presentou unha proposta de lei sobre esta materia na que se admitía a inseminación con doante, garantíndo-se o seu anonimato, apartir da formulación dun dereito (cuase deber) de ter fillos. Esta lei non chegou nunca a entrar en vigor, e a seguinte tentativa non será até a designación en 1981 doutra comisión, desta volta con máis éxito. Sobre a lexislación sueca pode-se ver: G. Ewerlöf, "Swedish Legislation on Artificial Insemination", en *II Congreso Mundial Vasco. Congreso de filiación. La filiación a finales del Siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, pp. 63-82.

<sup>63</sup> Neste sentido, a lei 100/1989 modificaba a lei 1474 de 1978 sobre o segredo profesional. Os datos relativos ás inseminacións artificiais con doante haberán de ser conservados como mínimo durante setenta anos.

diferente á seguida pola maioría dos países que o teñen regulado (e aínda das prácticas dos que non o teñen regulado). De entre os intereses dos doantes e os eventuais intereses dos nenos nados, optou-se por estes últimos. Se ben a eliminación do anonimato trouxo consigo problemas con respecto ao recrutamento dos doantes inmediatamente despois de a lei ser aprobada, tais problemas desapareceron posteriormente<sup>64</sup>.

A inseminación artificial con semen de doante só se pode realizar en hospitais públicos. O médico verificará as condicións médicas, psicolóxicas e sociais da parella da muller que vai ser inseminada, e xulgará se é oportuno ou non proceder á inseminación. No caso de que a considere oportuna o propio médico elegerá o doante. Se a solicitude de inseminación é denegada pode-se recorrer ao Consello Superior da Seguranza Social para tentar que sexa autorizada.

Por lei do 1 de marzo de 1985 prohibiu-se a actividade de maternidade subrogada cando existe remuneración económica, impedindo-se neste caso á muller que participa e encarga a xestión que poda adoptar ao nacido<sup>65</sup>.

A Dirección Nacional para a Seguranza Social e a Sanidade, ditou o 27 de marzo de 1987 unhas completas instrucións sobre a inseminación artificial, que viñan a completar o establecido nas anteriores leis.

O 14 de xuño de 1988 foi promulgada a lei 711/1988 referida á fecundación extracorpórea<sup>66</sup>. Esta lei (de tan só catro escuetos artigos) autoriza este tipo de prácticas, sempre que a muller estexa casada ou sexa convivente *more uxorio*, que o óvulo utilizado sexa propio, o esperma do marido ou convivente, e este teña expremido o seu consentimento. O código de relacións entre pais e fillos houbo de ser modificado neste sentido pola Lei 712/1988.

Tanto o Ministerio da Sanidade e Asuntos Sociais, como a Dirección Nacional para a Seguranza Social e a Sanidade, publicaron en 1988 e 1989 respectivamente, sendas Directrices en e materia de fecundación extracorpórea.

Duas leis máis merecen ser nomeadas: a Lei 114/1991 de 14 de marzo sobre o uso de determinadas técnicas xenéticas nos exames médicos xerais, e a Lei 115/1991 da mesma data sobre o tratamento de óvulos humanos fecundados (embrións). Con respecto á investigación con embrións, esta foi discutida polo Comité de Ética e Xenética, que emitiu un informe en 1984, cuxas principais liñas teñen sido adoptadas pola lei 115/1991: autorización da investigación ou tratamento en embrións de até 14 días, destrución dos embrións que teñan sido obxecto de experimentación (prohibición de que sexan introducidos no corpo dunha muller) e limitación do tempo de almacenaxe.

### 3.1.5. Austria

O primeiro nacemento tras unha fecundación *in vitro* tivo lugar en Viena, extendendo-se a práctica nos anos seguintes a todos os hospitais universitarios, e a algúns privados<sup>67</sup>. Desde o primeiro de xullo de 1992 está vixente en Austria a *Bundesgesetz*,

<sup>64</sup> B. Wennergren, "Consequences of new regulations in reproductive medicine and human embryo research in their relationship with Science, Ethics and Law. The Swedish approach", en C. Byk (dir) *Procreation artificielle où en sont l'éthique et le droit*, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989, p. 389.

<sup>65</sup> J. M. Martínez-Pereda Rodríguez; J. M. Massigoge Benegui, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 57.

<sup>66</sup> Quer dizer, referida á fecundación *in vitro*.

<sup>67</sup> E. Bernat, "La procréation assistée et la recherche sur l'embryon *in vitro*. Quelques remarques sur l'état de la discussion en Autriche et en Allemagne", en C. Byk (dir) *Procreation artificielle où en sont l'éthique et le droit*, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989, pp. 148..

mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz - FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden, isto é aprobando unha lei sobre a reprodución asistida, e as modificacións pertinentes noutras normas, como o código civil no relativo á filiación. Con esta lei, Austria converte-se noutro dos países que reconece o dereito a coñecer a filiación xenética, e polo tanto impede o anonimato do terceiro<sup>68</sup>; un terceiro ao que só se pode recorrer no caso de esterilidade. Non é lícito porén, o uso de óvulos dunha terceira, nen por suposto a maternidade subrogada. O acceso a estas técnicas só é consentido a matrimonios ou parellas con análoga relación de convivencia.

A realización destas técnicas, mesmamente a doazón de semen (que só se poderá conservar por un ano) só se pode realizar en hospitais autorizados, que haberán de seguir estritos requisitos e dar cumprida información das súas actividades. Por outra banda, a sanidade pública non cobre en absoluto os gastos (salvo algunhas medicinas). Non está permitida a investigación con embrións.

### 3.1.6. Dimamarca

Ainda que existen clínicas privadas, a fecundación *in vitro* tamén se realiza gratuitamente en determinados hospitais públicos. A meados da década dos oitenta o goberno formou un comité de estudo segundo se fixera no Reino Unido. O seu informe, o *Fremskridtets Pris* (O prezo do progreso) avogaba pola creación dun comité nacional de ética<sup>69</sup>. O 3 de xuño de 1987 foi ditada finalmente unha lei que establecía un Comité de Ética, e ao tempo regulaba certas formas de investigación biomédica<sup>70</sup>. Quizais unha das cousas que resulta de entrada máis rechamante é a precisión que se recolle no seu artigo 1: o Comité deberá levar a cabo o seu traballo “na asunción de que a vida humana comeza no momento da fertilización”<sup>71</sup>: rechamante por canto é ademais a única indicación sustantiva nunha lei eminentemente organizativa. Este comité deberá realizar recomendacións ao Ministro do Interior relativas ao establecemento de un estatuto para a protección dos óvulos humanos fertilizados, o embrión e o feto, así como aos experimentos xenéticos sobre gámetas humanos que vaian ser utilizados para a fertilización (art. 4), terapia xénica, diagnóstico prenatal, e conxelación de gámetas e embrións.

A clonaxe humana (así como a fusión de varios embrións, ou a hibridación con outras especies), estaban prohibidas baixo pena de prisión, inicialmente na lei sobre do Consello de Ética (artigo 11). Ainda que foi derogado, mantén-se a prohibición coa nova lexislación, concretamente na lei nº 460 (1997) sobre procreación medicamente asistida en conexión con tratamentos, diagnósticos e investigacións médicas. Por outra parte o Consello de Ética ten aprobado (aínda que non por unanimidade) un documen-

---

<sup>68</sup> No artigo 20 recolle-se a posibilidade de que o nacido nestas circunstancias teña acceso aos datos rexistrados do doante despois de cumprir os catorce anos. Excepcionalmente, e con autorización xudicial, tamén poderán acceder a estes datos os representantes legais do menor.

<sup>69</sup> P. Spallone; D. Steimberg, *Made to order. The myth of Reproductive and Genetic Progress*, Pergamon Press, Oxford, 1987, p. 26.

<sup>70</sup> A lei de creación é a nº 353 de 3 de xuño de 1987. A lei foi parcialmente modificada polas leis nº 315 de 16 de maio de 1990, e nº 503 de 24 de xuño de 1992.

<sup>71</sup> “The Council shall carry out its work on the assumption that human life begins at the moment of fertilization”. Deste xeito por lei establécen-se os límites das posturas admisíbeis dentro do consello nunha cuestión que amplamente se ten demostrado como filosófica e ideoloxicamente controvertida, nos debates habidos, canto menos nos países occidentais. No artigo segundo regula-se a elección dos membros do Consello, que é dependente, por certo, do Ministerio do Interior. Oito membros son nomeados polo Ministro, e nove escollidos polo Parlamento (aínda que non poden ser deputados). Apesar disto, o seu pluralismo xa parece ficar afectado pola obrigada postura que han de manter de entrada na súa actuación.

to de traballo sobre clonaxe no que se pronuncia categoricamente en contra, e sustenta o mantimento da súa prohibición en Dinamarca.

A xa citada lei 460 sobre reprodución médicamente asistida foi aprobada no Parlamento danés en maio de 1997 e entrou en vigor en outubro dese mesmo ano. Ademais do referente á clonaxe, pode-se destacar dúas particularidades. En primeiro lugar exclúe nun principio a procriazón medicamente asistida realizada con esperma que non proveña do marido (ou convivente) da nai (artigo 5), aínda que despois prevé que o Ministro da Saúde poda establecer regras sobre a doazón, uso e preservación de esperma de doante. Por outro lado, pode-se destacar que inclúe a prohibición -se non me equivoco é a primeira lei que o fai expresamente- do uso de oocitos imaturos de fetos femininos abortados ou de mulleres mortas.<sup>72</sup>

### 3.2. Países que non contan con lexislación específica

#### 3.2.1. Bélxica

Neste país, apesar de seren realizadas amplamente, as técnicas de procriazón médicamente asistida non encontran máis que unha mínima regulación legal. O artigo 318.4 do Código civil establece que a demanda de contestación da paternidade non é admisíbel se o marido consentiu a inseminación artificial con doante. A doutrina ten encontrado nesta disposición, máis o seu carácter xeral, un recoñecimento implícito do carácter lícito destas técnicas<sup>73</sup>. Asimesmo se teñen deducido de normas non especificamente dirixidas á regulación destas técnicas algunhas outras regras que as disciplinen. Por exemplo, fundamenta-se o anonimato do doante de gámetas na garantía do secreto profesional, recollido no artigo 458 do Código Penal. Esta ausencia de regulación, que non deixa de supor múltiples problemas prácticos, pode interpretar-se como o resultado da situación de infrontamento non resolto entre as posturas católicas e non católicas, nun debate con similares características ao anteriormente producido con relación á regulación da interrupción voluntaria do embarazo<sup>74</sup>.

Os custes de laboratorio non os reembolsa a sanidade pública, aínda que si os gastos de médicos: "certains prestations seulement bénéficient d'une couverture partielle par l'assurance-maladie, tandis que les prestations techniques propes à la fivete restent à la charge intégrale des patients"<sup>75</sup>. O que ven a supor que se reembolsa arredor das tres cuartas partes.

#### 3.2.3. Grecia

O artigo 1471.2.2 do Código civil, emendado por lei 1329 de 15 de febreiro de 1983, prevé a exclusión da acción descoñecemento da paternidade cando o marido teña consentido na fertilización artificial.

<sup>72</sup> Adianta-se así a determinadas propostas conducentes a solucionar por tal vía a escasez de óvulos para realizar fecundacións *in vitro*. Os oocitos son as células a partir das cales se irán formando -ao maduraren- os óvulos. Están presentes -como se pode ver- mesmo nos fetos femininos, polo que serían eventualmente utilizábeis estimulando a súa maduración.

<sup>73</sup> H. Nys, *La médecine et le droit*, Editions Juridiques Belgique, Kluwer, 1995, p. 157.

<sup>74</sup> Dr. Fernand Leroy, comunicación persoal.

<sup>75</sup> J. M. Debry, *La fertilité contrariée. Les moyens de comprendre, les raisons d'espérer*, De Bocck, Bruxelles, 1994, p. 173.

### 3.2.4. Holanda

A fecundación *in vitro* acepta-se na maioría das clínicas cun límite de idade non obrigatorio de 40 anos para as mulleres. O artigo 201.1 do Código civil prevé que a acción de denegación de paternidade sexa rexeitada se o marido consentiu calquer acto capaz de conducir á concepción do fillo. Por decreto de Agosto de 1988 prevé-se que os laboratorios que producen e almacenan embrións, así como os tratamentos de fecundación *in vitro* han de obter licéncia do Ministerio de Benestar Público, Sanidade e Cultura.

### 3.2.5. Irlanda

Os primeiros intentos de fertilización *in vitro*, foron realizados en segredo polo Dr. Robbie Harrison, que obtiña óvulos de mulleres nun hospital e lle-los transfería ás mesmas nun hospital distinto, mais foron interrompidos en canto se fixeron públicos. Aínda así, a fecundación *in vitro* foi con posterioridade admitida en mulleres casadas. Porén, debido á estrita prohibición de calquer tipo de investigación (os embrións son considerados constitucionalmente como seres humanos) todo tipo de desenvolvementos nesta materia veñen importados doutros países<sup>76</sup>. O *Medical Council* aprobou en 1985 un código promulgado polo Instituto de Obstetrícia e Xinecología do Real Coléxio de Médicos. Os médicos que pretendan practicar a fecundación *in vitro* deben xurar un código que inclúe que só se poderá realizar en parellas casadas e que todos os embrións haberán de se transferir.

### 3.2.6. Italia

Neste país teñen-se presentado varios proxectos e proposicións de lei por parte de diferentes grupos políticos, sen que polo momento nengun chegase a ser aprobado como lei.

En marzo de 1985 o Ministerio da Saúde publicou unha circular sobre os límites e condicións de legalidade dos servizos de inseminación artificial no sistema nacional de saúde, que surxía despois dos traballos dunha comisión ministerial establecida no outono do ano anterior. Aínda que non propón medidas concretas (non hai que esquecer que neses momentos existen iniciativas parlamentares neste sentido) realiza unha serie de reflexiónes sobre a regulación que se habería de aprobar, con referencia á constituición e ao respecto dos dereitos fundamentais. Nesta circular propón-se que neses momentos, e debido á situación normativa que non ofrece garantías de recoñecemento de filiacións naturais do nacido por parte de xenitores non ligados matrimonialmente, os servizos sanitarios públicos non ofrezan estas prestacións en condicións “giuridica e di fatto di minor favore e stabilità”. Do mesmo xeito, tampouco se admite a inseminación artificial con doante, por canto subvertiría o principio de orde pública que esta na base do vixente dereito de familia, como é o da relación biolóxica.

O Consello nacional de medicina cirúrxica aprobou en abril de 1995 un documento de regulación das tecnoloxías reprodutivas, no que se “prohibe”: toda forma de maternidade subrogada, calquer forma de fecundación artificial fora da parella heterosexual estábel, o tratamento aplicado a mulleres menopáusicas, e formas de fecundación *post mortem*. Pero a realidade é moi outra, e en xeral as prácticas se realizan sen reparar neste tipo de limitacións, e sen demasiado control.

---

<sup>76</sup> Ibid., pp. 25-26.

Na ausencia de disciplina legal as poucas intervencións da maxistratura non poden ser consideradas tampouco suficientes como para definir unha orientación xurisdicucional consolidada<sup>77</sup>.

Pola súa parte, o Comitato Nazionale per la Bioetica -instituído en 1990- ten aprobado unha serie de documentos sobre estas cuestións<sup>78</sup>.

### 3.2.7. Luxemburgo

O artigo 312.3 do Código civil, tal como foi modificado en 13 de abril de 1979, establece que o descoñecemento da paternidade non é admisíbel se se proba que o neno ten sido concebido por medio de inseminación artificial con consentimento escrito do marido.

### 3.2.8. Portugal

O artigo 214 do CP castiga como delito a inseminación dunha muller sen o seu consentimento, con penas de un a cinco anos de prisión<sup>79</sup>. O artigo 1839.3 do Código civil, tras a súa modificación por Decreto-Lei 496/77 de 25 de novembro, veda a impugnación da paternidade ao cónxuxe que tivese admitido a inseminación artificial.

A lei 3/84 de 24 de marzo de educación sexual e planificación familiar impón ao estado o deber de facer dispoñíbel, através de especialistas e centros médicos, o exame e o tratamento da esterilidade, así como a prevención das doenzas hereditarias. O artigo 9.2 desta lei declara que o estado fomentará o estudo e a práctica da inseminación artificial para o tratamento da esterilidade. Asimesmo, o artigo 11 reconece o dereito de obxección por razóns de conciencia, dos médicos requeridos para realizar inseminacións artificiais ou esterilizacións voluntarias<sup>80</sup>.

Asimesmo, o Decreto-Lei 319/1986 de 25 de setembro submete a autorización administrativa do Ministerio da Saúde o funcionamento dos centros de recollida, manipulación e conservación de esperma, que só poderán ser supervisados por médicos, sexan centros públicos ou privados.

## 4. RECAPITULACIÓN

Para alén da conciencia dos límites dos instrumentos xurídicos (e sobretudo lexislativos) -manifestados, tamén hai que constatarlo, perante o contraste coa inxente obra que se lle confía-, pode-se dicir que a experiencia da regulación xurídica, ten-se polo xeral saldado máis positiva que negativamente. A experiencia de países con lexislación máis ou menos completa é en xeral máis satisfactoria que aqueles nos que non

<sup>77</sup> C. Magnani, "Riproduzione assistita. I limiti del diritto e il diritto come limite", en *Democrazia e diritto*, Roma, 1/1996, p. 101.

<sup>78</sup> Entre eles, *Problemi della raccolta e trattamento del liquido seminale umano pre finalità diagnostiche* (1991), *Diagnosi prenatali* (1992), *Parere del CNB sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni* (1994), o documento de traballo *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato nazionale per la bioetica* (1995), *Identità e estatuto dell'embrione umano* (1996).

<sup>79</sup> O procedemento criminal depende de queixa, meio polo que se visa restrinxir a publicidade dos casos. Deste xeito converte-se nun delito semi-público, que só chega ao coñecemento dos tribunais cando a lesada presenta queixa (P. Martinho da Silva, *A procriação artificial. Aspectos jurídicos*, Moraes Editores, p. 28).

<sup>80</sup> Neste mesmo ano ocorria o primeiro nacemento tras fecundación *in vitro* en Portugal.

existe, aínda que non sexa máis que pola inseguranza xurídica que padecen, ou polo continuo tecer e destecer (se é o caso) de propostas. Mesmamente nos países onde a experiencia concreta ou o contido da lexislación é máis cuestionábel (e por diferentes motivos podería estar aquí o caso español), teñen-se beneficiado polo xeral dun marco no cal, para alén da citada seguranza xurídica e do seu frecuente corolario de relativa normalización, aparece máis claramente delimitábel o aceptábel e o non aceptábel, así como as canles de reacción perante as inevitábeis novidades.

Polo que respeita ás tentativas de homoxeneización da normativa a nivel europeo, ou mesmo superior, ahí algunhas cuestións que poden ser mencionadas. Aínda que hai certas opcións que se teñen ido consolidando, é certo que se observa unha enorme heteroxeneidade. Se isto xa se fixo patente no exame da lexislación dos países das Unión Europea, certamente sería aínda maior se ampliásemos o elenco. Sen que isto supoña que -por oposición- podamos diluir as diferenzas intraeuropeas, si que se pode perceber grande diferenza -por exemplo- fronte aos Estados Unidos: xa non na regulación concreta, senon mesmo (ou aínda máis) nos debates e nas sensibilidades presentes.

Mais non hai quizais que obsesionar-se por unha homoxeneización, que por outra banda resulta inalcanzábel. Na realidade hai que distinguir entre a materia de que se trate. Por exemplo, naqueles aspectos que inciden sobre as relacións privadas entre as persoas, para alén das exixencias que caiba facer en cada lexislación concreta (protección de todos os suxeitos, e tutela en particular dos máis febles, non discriminación, etc.), parece claro que as solucións poden ser moi diversas, e en calquer caso acordadas coas diferentes opcións e sistemas xurídicos vixentes, que en última instancia remiten a opcións e valores diferentes. Neste sentido paga a pena optar por solucións flexíbeis e baseadas na cooperación, pero nas que é evidente que non se pode descartar de entrada disfuncións. En calquer caso, e aínda apesar da novidade e espectacularidade que poden presentar novas situacións, non é previsíbel que susciten problemas de máis calado que os provocados por exemplo polas migracións en condicións de desamparo económico, social e cultural.

Cuestión diferente son os aspectos relativos a novos desenvolvementos e investigacións que, para alén da non desbotábel incidencia nos concretos suxeitos a que afectan, levantan aspectos referentes á humanidade como tal. A este respecto, aparece a posibilidade do desprazamento a países nos que non exista regulación, limitación ou controis efectivos. Pero ademais non hai que esquecer que aínda sen este problema (que limita a efectividade de calquer iniciativa), o contido das regulacións, limitacións ou controis é altamente controvertido: son moitas as sensibilidades, e tamén os intereses en xogo. A iniciativa quizais máis existosa e consistente, a do Consello de Europa, ten atopado reticencias canto ao seu contido que leva mesmo a non a asinar. Son moitos os problemas, e as respostas non están nen poden estar predeterminadas, pero a súa magnitude exige que sexan encarados.