

EL DERECHO COMPARADO
EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA
*Mariana Dobernig Gago**

La reproducción asistida no es un tema nuevo: a partir del nacimiento de Louise Brown en 1978 en el Reino Unido, la ciencia y la tradición milenaria dieron un giro de 180°, ya que términos indiscutibles como los de *paternidad* y *maternidad* cambiarían. ¿Quién diría que se podría fecundar un óvulo en un laboratorio, a la vista del hombre, y después transferirlo al cuerpo humano, quizá al útero de una mujer distinta de la que provenía aquel óvulo, o con el esperma de un hombre que no fuera su esposo? Así, empezaríamos a utilizar términos como *madre legal*, *madre biológica* y *madre subrogada*.

Por esta razón, la década de los ochenta fue la época de los informes: el Informe sobre el Análisis Ético y

* Coordinadora y profesora titular de la materia Bioética y Derecho en la Universidad Iberoamericana, ciudad de México; con maestría en Bioética y Derecho, por la Universidad de Barcelona; Certificate Program in Clinical Bioethics, por el Medical College of Wisconsin (Milwaukee); y miembro del Comité de Bioética de la Clínica Londres.



Legal, en 1982, sueco; el Informe Warnock, de 1982, del Reino Unido; el Informe Benda, de 1985, alemán; y el Informe Palacios, de 1986, español; entre otros.

Estos informes dieron como resultado leyes que regularían la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

A continuación haremos un breve resumen de algunas de estas legislaciones. Analizaremos principalmente las de tres países: Alemania, por tener una legislación totalmente prohibitiva; el Reino Unido, por ser la más abierta; y España, por estar en un punto medio entre estas dos. Adicionalmente revisaremos el caso de los Estados Unidos, por ser uno de los países en que más casos sobre el tema han llegado a la Corte para su resolución.

Brevemente trataremos el caso de Costa Rica, donde se ha prohibido la utilización de la fecundación *in vitro*, por equiparar al embrión humano con un ser nacido, y, por lo tanto, con los mismo derechos y obligaciones que éste.

Por último, revisaremos el caso del Código Civil del Estado de Tabasco, por ser un código innovador en nuestro país, al aceptar la maternidad subrogada y la reproducción *posmortem*.

—Reino Unido

El Reino Unido se ha caracterizado por ser un país innovador en avances genéticos y reproductivos; ejemplos de esto son: el descubrimiento de la doble hélice del ADN, realizado por los investigadores James Watson y Francis Crick, de los laboratorios Cavendish; el primer nacimiento de una fecundación *in vitro* (FIV), en 1978, realizada por el

ginecólogo Patrick Steptoe y el biólogo Robert Edwards, en un hospital de Oldham; así como el sonado nacimiento de la primera oveja clonada, Dolly, en 1996, clonación realizada por el equipo del profesor Ian Wilmut en el Roslin Institute. Lo anterior es resultado, en gran medida, del apoyo que en el gasto público se le da a la investigación en materia de biotecnología y genética.

Ante el vacío legal existente, el gobierno formó en junio de 1982 una Comisión para el Estudio de la Fertilización Humana, presidida por Mary Warnock, que dio como resultado el Informe Warnock, publicado en julio de 1984. Éste fue el primer estudio europeo interdisciplinario que analiza las técnicas de reproducción asistida. Contiene 60 recomendaciones, de las cuales dos fueron polémicas: aceptar la experimentación en embriones hasta el día 14 posterior a la fecundación, y la exigibilidad en los contratos de maternidad subrogada.¹

En 1990 se publica la Ley sobre Fertilización y Embriología Humana, la cual entra en vigor en agosto de 1991. En ella se crea la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), la cual tiene capacidad normativa a través de directivas (*directions*), y trae aparejada sanciones administrativas y penales.

Esta ley crea el Consejo de Fertilización Humana y Embriología, que es la autoridad competente en esta materia. Dentro de las atribuciones del Consejo se encuentra otorgar permisos para:

- Crear, almacenar o utilizar embriones
- Almacenamiento de gametos

¹ Itziar Alkorta Idiákez, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Colección de Monografías Aranzadi, Navarra, 2003, p. 98.



- Proyectos de investigación
- Centros de reproducción y personas autorizadas para realizarla

La Ley define a la *madre* de la siguiente forma: La mujer embarazada o la que lo haya estado como resultado de una transferencia de embrión y/o gametos deberá ser considerada como la madre del niño, a título exclusivo.

Acepta la *maternidad subrogada*, siempre y cuando no exista pago a la mujer que presta su útero; permite que se cubran los gastos razonables, por cuidados médicos, vestido, etcétera.

La *reproducción posmortem* también es aceptada. La ley señala que: “ninguna mujer podrá recibir servicios de tratamiento a menos que haya tenido en cuenta el bien del futuro niño como resultado del tratamiento, incluida la necesidad de un padre para ese niño”.

La ley define al *embrión* de la siguiente forma: se denominará embrión humano vivo cuando la fertilización del óvulo con el espermatozoide esté completamente consumada.

La ley prohíbe:

- La transferencia de un embrión vivo que no sea humano, o de gametos no humanos al útero de la mujer
- Utilizar embriones después del día 14 de fecundación (aparición línea primitiva)
- Implantar embriones humanos en animales
- La clonación reproductiva (transferencia de núcleos)
- Mezclar gametos con gametos vivos de animal alguno

En junio de 2000 se publica el Reporte del Grupo de Expertos sobre la Investigación de Células Totipotenciales,

un análisis de la utilización de las células embrionarias totipotenciales, sus ventajas y desventajas.

Después de este reporte la Ley fue modificada de la siguiente forma:

- La investigación con embriones (ya sean creados por fertilización *in vitro* o transferencia nuclear) beneficiará los estudios relacionados con las enfermedades humanas y debe ser autorizada por la Ley (clonación terapéutica)
- Se darán licencias para la creación de embriones por transferencia nuclear, con el fin de controlar las investigaciones y evitar otros propósitos para su creación (clonación reproductiva)
- Se acepta la investigación a través de transferencia nuclear con óvulos humanos para el estudio de las mitocondrias
- Las investigaciones con células embrionarias deben ser monitoreadas por una autoridad apropiada que compruebe los beneficios
- La unión de células somáticas humanas con óvulos animales debe estar prohibida.
- La clonación reproductiva debe estar prohibida
- El uso de tratamientos derivados de la investigación con células embrionarias debe estar limitado hasta no contar con garantías necesarias

— Alemania

Alemania, a diferencia de otros países, no ha regulado la utilización de las técnicas de reproducción asistida, sino que ha adoptado una ley penal que destaca por su talante firmemente protector del embrión *in vitro* y por la severidad de las penas establecidas. La ley establece una serie de



prohibiciones relativas a la utilización, manipulación e investigación con embriones humanos.²

El surgimiento de la Ley de Protección de Embriones surge del informe denominado Benda, coordinado por el profesor E. Benda. Dicho informe fue publicado en 1985, sin embargo la ley fue aprobada el 16 de diciembre de 1990 y entró en vigor el 1º de enero de 1991.

La práctica de las técnicas de reproducción asistida se ha llevado a cabo de acuerdo con las Directrices sobre la Práctica de la Reproducción Asistida, publicadas en diciembre de 1998 por la Cámara Federal de Médicos. Así mismo, el 8 de junio de 2001 se creó un Comité de Ética formado por 25 personas, para analizar las problemáticas existentes. Su primer informe fue acerca de la utilización de células madre (20 diciembre de 2001), y el segundo, sobre el diagnóstico preimplantacional (25 de marzo de 2003).³

De conformidad con la Ley, el *embrión* es definido como “el óvulo humano ya fecundado y capaz de desarrollarse a partir del momento de la fusión nuclear”.

La utilización y fertilización de óvulos humanos está muy restringida en esta ley, ya que está prohibida la transferencia a una mujer de un óvulo ajeno no fecundado, así como la fecundación artificial de un óvulo para un fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo.

Para evitar embarazos múltiples y embriones sobrantes, la legislación alemana “prohíbe fecundar un número superior de óvulos” de los que se pretende transferir en un

² *Idem*, p. 113.

³ *Idem*, p. 115.

mismo ciclo. Permite crear un máximo de tres embriones por ciclo, que serán transferidos al útero materno en una fecundación *in vitro*. En una transferencia intratubárica de gametos se permite como máximo la transferencia de tres óvulos.

En cuanto a la *maternidad subrogada*, ésta queda prohibida, por lo cual no puede tener lugar la fecundación y la transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar el niño después de su nacimiento a terceros de modo permanente.

En cuanto a la *utilización de espermatozoides*, será sancionado quien posibilite de modo artificial la penetración de un espermatozoide humano en un óvulo humano o introduzca artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano sin la intención de producir un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.

Dentro de esta legislación, se encuentran otras prohibiciones; entre ellas podemos mencionar:

- La enajenación de un embrión humano creado extracorporalmente o que haya sido extraído del útero materno antes de concluir su anidación
- La selección de sexo, salvo para evitar enfermedades genéticas ligadas al sexo
- La clonación reproductiva, la creación de híbridos y quimeras
- Modificar el código genético en línea somática o germinal
- La reproducción *posmortem*

De conformidad con la definición de embrión, es factible crioconservar cigotos, es decir, óvulos fecundados antes de que se produzca la fusión nuclear.



—España

Al igual que en otros países europeos, en España se formó una comisión para analizar las técnicas de reproducción asistida en aquel país. Esto trajo como consecuencia el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de 1986, llamado Informe Palacios, lo que a su vez desembocó en las leyes: Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida y Ley 42/1988 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos.

La Ley 35/1988 considera, dentro de las técnicas utilizables, la inseminación artificial (IA), la fecundación *in vitro* (FIV) y la transferencia intratubárica de gametos (Gift, del inglés: *gamete intrafallopian transfer*).

Se podrán utilizar estas técnicas de acuerdo con la Ley, para la actuación médica ante la esterilidad humana y/o para prevenir enfermedades genéticas o hereditarias.

Se aplicarán las técnicas de reproducción asistida:

- Cuando exista una posibilidad razonable de éxito
- En mujeres mayores de edad con un buen estado de salud sicofísico
- Con el consentimiento informado de la mujer, y, si estuviere casada, se necesita el consentimiento del marido

En cuanto al número de preembriones que se utilizará para evitar embarazos múltiples, así como el número de embriones sobrantes, será el más adecuado para asegurar el embarazo, y quedará a juicio del equipo médico.

Se permite la donación de gametos y preembriones, y ésta será gratuita y secreta; el donador debe ser mayor

de edad, con buen estado de salud y deberá otorgar su consentimiento; de un mismo donador no podrán nacer más de 6 hijos.

Los hijos nacidos como resultado de una donación de gametos tendrán derecho a obtener información general de los donantes salvo su identidad. En circunstancias extraordinarias que impliquen el peligro de la vida del hijo, podrá revelarse la identidad del donante.

En cuanto a la filiación de los hijos, no se hará ninguna diferencia a los hijos nacidos como resultado de las técnicas de reproducción asistida.

El marido y la mujer, cuando hubieran dado su consentimiento para la realización de las técnicas y/o donación de gametos, no podrán impugnar la filiación del hijo.

Los hijos nacidos de una reproducción *posmortem* tendrán derecho a la filiación, siempre y cuando el marido hubiera consentido en escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado por su esposa en los seis meses siguientes a su fallecimiento.

El contrato de *maternidad subrogada* será nulo de pleno derecho, por lo que la filiación de los hijos nacidos de la gestación por sustitución será determinada por el parto.

La crioconservación de semen está permitida y éste podrá conservarse por un plazo de cinco años. La crioconservación de óvulos está prohibida, ya que aún no se puede garantizar su éxito.

Los preembriones sobrantes se crioconservaran por un máximo de cinco años. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones, quedarán a disposición de los bancos correspondientes.



La investigación y/o experimentación con preembriones, así como cualquier intervención sobre el preembrión vivo, sólo se harán con fines diagnósticos y/o terapéuticos en beneficio del mismo.

Los gametos podrán ser utilizados con fines de investigación.

Algunas de las infracciones y sanciones que marca la legislación española son:

- Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación
- Mantener vivos *in vitro* óvulos fecundados más allá del día 14 de la fecundación
- Comercializar, utilizar industrialmente, con fines cosméticos, los preembriones o sus células
- Develar la identidad de los donantes
- Crear seres humanos idénticos: clonación reproductiva
- La selección del sexo (salvo en enfermedades ligadas al sexo)
- La creación de híbridos o quimeras
- La manipulación genética con fines no terapéuticos

— Estados Unidos

En el nivel federal, los Estados Unidos tiene dos leyes:

- a) Clinical Laboratory Improvement Amendments Act (CLIA), de 1988, la cual establece los estándares de calidad que deben cumplir todos los laboratorios que practican pruebas diagnósticas.
- b) Fertility Clinics Success Rate and Certification Act (FCSRCA), de 1992; en ésta se marcan los estándares mínimos que deben cumplir las

clínicas de fertilización humana, en su realización, así como en el manejo y utilización de material genético. Por otra parte, obliga a las clínicas a publicar estadísticas sobre su actividad, así como la tasa de éxito y fracaso de los tratamientos aplicados.

Por otro lado, los parlamentos estatales han adoptado leyes provenientes de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCUSL, Comisión Nacional de Leyes Uniformes) como: la Uniform Parentage Act (UPA), la cual ha sido adoptada total o parcialmente por 20 estados y ha sido revisada en 2000 para incluir la maternidad subrogada y la reproducción *posmortem*, y la Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA), la cual sólo ha sido aceptada por dos estados.

Los tres estados que han regulado de forma exhaustiva las técnicas de reproducción asistida son: Florida, Virginia y New Hampshire. Sin embargo, las clínicas de mayor auge se encuentran en los estados menos regulados.

La mayoría de los estados han regulado aspectos relativos a la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida. En cambio, la regulación relativa a la maternidad subrogada y a los embriones congelados se lleva a cabo a través del Common Law.

Dentro de los casos más conocidos tenemos: *Baby M* (maternidad subrogada), *Davis vs. Davis* (embriones congelados), *Buzzanca vs. Buzzanca* (filiación de un hijo producto de donación de gametos y maternidad subrogada).



La realidad es que, sobre los temas relacionados con la utilización de embriones, el Congreso Federal ha preferido mantenerse al margen debido a la disputa social de los dos grupos rivales sobre estos temas: Prolife (Provida) y Prochoice (a favor de la libertad de elegir), ya que la utilización de embriones trae aparejado el tema del aborto, y es por esto que el Congreso resolvió el asunto en 1996 (26 de enero) prohibiendo destinar fondos federales para la investigación con embriones humanos, del presupuesto de 1996, y esto ha sido ratificado por las subsiguientes administraciones. Esta prohibición no sólo está destinada a la investigación de técnicas de reproducción asistida, sino también a la clonación humana.

—Costa Rica

Costa Rica es uno de los pocos países en el mundo que han decidido no regular las técnicas de reproducción asistida, ya que simplemente su uso ha sido prohibido. Decidió no permitir estas técnicas, específicamente la fecundación *in vitro* (FIV), a través de la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre la prohibición de la fecundación *in vitro*, del 15 de marzo de 2001.

La Corte Suprema de Justicia declaró como inconstitucional una propuesta para regular las técnicas de reproducción asistida en aquel país, ya que para ellos el embrión creado *in vitro* tiene los mismos derechos que un ser humano nacido.

—México: Tabasco

En México, existen pocas normativas sobre el tema que nos ocupa; dentro de ellas podemos mencionar la Ley General de Salud, aspectos sobre la filiación en

el Código Civil del Distrito Federal, y algunos delitos mencionados en el Código Penal del Distrito Federal.

Sin embargo, a continuación haré un breve resumen de algunas cuestiones reguladas en el Código Civil del Estado de Tabasco.

De acuerdo con esta normativa, las técnicas de reproducción asistida pueden ser utilizadas por los cónyuges para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

El concebido a través de estas técnicas es protegido aun cuando no se encuentre en el útero materno.

En cuanto a la filiación de los hijos, no se hará ninguna distinción a los nacidos a través de la reproducción asistida, y ésta se dará por el simple consentimiento de la misma, por lo que, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos, no podrá negar su paternidad. Esto ocurre tanto en los hijos nacidos del matrimonio como del concubinato.

El marido podría recurrir como causal de divorcio al hecho de que su mujer hubiera empleado algún método de concepción humana artificial sin su consentimiento.

El Código acepta la *madre subrogada* de la siguiente forma:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá



madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

El marido podrá consentir en documento auténtico la posibilidad de la inseminación de su esposa o concubina después de la muerte de él, por lo que acepta la *reproducción posmortem*. La mujer deberá estar embarazada dentro de un año después de la muerte del marido.