

# ALGUNOS ASPECTOS EN TORNO A LAS NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

GLORIA MORENO BOTELLA  
Universidad Autónoma de Madrid

## SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Técnicas de reproducción asistida. Inseminación y fecundación. Conceptos.*
  - A) Inseminación artificial.
  - B) Fecundación «in vitro».
  - C) Congelación de embriones.
  - D) Clasificación.
3. *Antecedentes.*
4. *Regulación jurídica.*
  - A) Regulación Interestatal.
  - B) Derecho Comparado.
  - C) Derecho Español.
5. *Posición de la Iglesia Católica ante las técnicas de reproducción asistida: la Instrucción de Juan Pablo II.*
6. *Problemas que plantea la inseminación artificial. Fecundación artificial y derechos humanos.*
  - 6.1. La dignidad humana como límite a la investigación científica.
  - 6.2. El derecho a la vida e integridad física y psíquica (art. 15).
  - 6.3. Derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que resulten de él. Derecho o libertad de investigación [art. 20.1 B) C.E.].
  - 6.4. Derecho a fundar una familia (arts. 32 y 39 C.E.) y derecho a procrear.
  - 6.5. Libertad religiosa y objeción de conciencia por parte del personal técnico.
    - 6.5.1. La objeción de conciencia. Regulación jurídica.
    - 6.5.2. Tratamiento constitucional de la objeción de conciencia. ¿Es un derecho?
    - 6.5.3. Tutela internacional de la objeción de conciencia sanitaria.
    - 6.5.4. Objeción de conciencia y relación de trabajo.
7. *Conclusiones.*



## 1. INTRODUCCIÓN

A nadie se le oculta que los avances científicos en el campo de la medicina y fundamentalmente en el área de la ingeniería genética han sido espectaculares en los últimos tiempos hasta el punto de encontrarnos ante una auténtica revolución biológica que ha conmovido a la opinión pública mundial.

En este sentido, si bien es verdad que las nuevas técnicas de reproducción asistida aportan posibilidades muy favorables a la especie humana, también es cierto que la tecnología de la reproducción viene acompañada de otras consecuencias que pueden resultarle negativas. Piénsese que con estas técnicas «la especie humana puede cambiar su estructura y sus relaciones, desapareciendo la unión de hombre y mujer, como pareja básica, como unión básica en la vida, sea religiosa o no lo sea, de suerte que se pierde el sentido que el sexo masculino y femenino tengan en la sociedad del futuro»<sup>1</sup>.

De esta manera las nuevas técnicas a las que nos referimos no sólo se quedan en el campo de la ciencia y de la investigación, sino que influyen también de manera especial en muchos otros campos e instituciones fundamentales como son la familia, paternidad, maternidad, filiación, y van más lejos, penetrando en los confines de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de la persona, lo que conlleva a su vez multitud de interrogantes en los campos: científico, social, jurídico y moral.

En el presente trabajo es nuestra intención fijarnos en la perspectiva jurídica y moral del problema, examinando aquellos derechos de la persona que más directamente afectados puedan resultar de la aplicación de tales prácticas.

---

<sup>1</sup> BOTELLA LLUSIÁ, Sesión de 26 de septiembre de 1985, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, pág. 10216.

## 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN. CONCEPTOS

Con frecuencia los términos inseminación y fecundación son utilizados indistintamente para referirse a un mismo significado. Veamos los distintos conceptos:

### A) *Inteminación artificial*

En sentido propio y específico, se entiende por inseminación natural «los medios que la naturaleza tiene para poner en contacto los dos elementos ontogénicos», y la artificial «es el hecho médico mediante el cual se introduce en el aparato genital femenino el semen previamente recolectado». Mientras que la fecundación artificial es la unión y fusión de dichos elementos, de los que se obtiene el huevo, principio de nuevo ser, con procedimientos fuera de los naturales. O sea, la artificialidad que cualifica al método de la fecundación es distinto del de la inseminación. Aquélla hace referencia a la conjunción misma de los elementos masculino y femenino. Aplicada a ésta, se refiere el proceso anterior a la unión de ambas sustancias, que posteriormente es natural»<sup>2</sup>.

Es decir, se trata de un proceso con dos fases: la inseminación y la fecundación, que aparece como resultado de la inseminación.

Cuando este proceso se lleva a cabo de modo natural, es decir, mediante el acto intersexual de la pareja, por el cual el varón introduce el semen en la vagina de la mujer, estamos ante la inseminación natural. Por el contrario, cuando la unión de óvulo y el espermatozoide no se produce a través de coito sion por otras técnicas o procedimientos, nos hallamos en presencia de la llamada «inseminación artificial». En este sentido, la inseminación artificial se puede definir como «el *modus transferendi sperma vici in organismum mulieris modo ad generationem obtienendam apto, sed diverso a modo naturale*», es decir, «el modo de introducir el esperma del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación pero distitno a la forma natural»<sup>3</sup>.

### B) *Fecundación «in vitro»*

En este caso la unión o conexión entre óvulo y espermatozoide se realia en el laboratorio mediante las técnicas de fecundación *in vitro* o de fecundación extracorpórea, pues aquí, a diferencia de la inseminación ar-

---

<sup>2</sup> HERRERO DEL COLLADO, T., *La inseminación artificial humana ante el Derecho Penal*, Fac. Derecho Univer., Granada 1969, págs. 7 y 8.

<sup>3</sup> V. LAMING Y BENNDER, *Institutionis Iuris Canonici*, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 458, Bussum 1950.

tificial, se manipulan dos momentos: el de unión del óvulo y espermatozoide, y en segundo lugar el del lugar donde se produce esa unión, que no es en el útero, sino fuera de él.

En síntesis, se puede decir que la «fecundación *in vitro*» se compone de las siguientes faes: 1. Recogida del óvulo del cuerpo de la mujer; 2. Cultivo del óvulo; 3. Recogida del semen del varón; 4. Fecundación, o unión de los espermatozoides con el óvulo dentro de la incubadora hasta que uno de ellos penetra en el núcleo del óvulo; 5. Génesis del embrión; 6. Transferencia del embrión al útero para su desarrollo posterior conforme a natura<sup>4</sup>.

### C) Congelación de embriones

Se trata de una variante de la fecundación *in vitro* y consiste en la consecución del embrión a 196 grados bajo cero en los instrumentos correspondientes, hasta el momento en que se estime conveniente su transferencia al útero.

Con esta técnica el grado de artificialidad aumenta, al aumentar también las posibilidades de modificar la genética de los seres vivos también *in vitro* y hasta el momento de su transferencia al útero. Se trata de una técnica un tanto peligrosa si se realiza sin ningún tipo de control y con resultados nefastos. Dentro de la manipulación, el desbordamiento y descontrol científicos pueden llegar a producir las siguientes prácticas:

Clonación. Se trata de una técnica de reproducción asexual sin necesidad del semen masculino. Con esta técnica se obtienen individuos genéticamente idénticos<sup>5</sup> a través de un doble procedimiento: bien separando las células de un embrión en las primeras fases de su desarrollo y transfiriéndolo al útero materno, o bien utilizando el núcleo de una célula del cuerpo del padre o madre para sustituir el núcleo de un óvulo previamente enucleado y que, de nuevo con el número completo de cromosomas, se divide, produciendo un ser idéntico al padre o madre del núcleo transplantado<sup>6</sup>. Quimera. Unión artificial de dos o más parejas. Fecundación heteróloga. Que es la fecundación de un embrión con gametos de distinta especie. Ectogénesis. Embarazo realizado en otra especie distinta pero cercana a la del embrión o en placenta artificial. Sección de gametos, embarazo masculino..., etc.

---

<sup>4</sup> Clasificación según MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *Derecho Tecnológico. La nueva inseminación artificial* (Estudio Ley de 22 de noviembre de 1988), Madrid 1989, págs. 34-35.

<sup>5</sup> Recuérdese la famosa novela *Los niños de Brasil*, con la producción de una serie de hombres idénticos a Hitler.

<sup>6</sup> Vid. HIGUERA, G., «Biogenética y Derecho», en *R.E.D.C.*, 44 (1987), pág. 12.

## D) Clasificación

Dentro de la inseminación artificial, «I.A.», cabe hablar de una inseminación artificial de primer grado o eutelegensia donde lo único que se manipula es el mecanismo natural de conducción del semen y que se denomina también inseminación artificial corpórea.

Esta inseminación comprende dos modalidades, aquella que utiliza gametos de los consortes, entendiendo el término en sentido amplio como cónyuge o como parte de una pareja estable, y la que hace intervenir a una tercera persona extraña y distinto de los cónyuges o compañeros estables, encontrándonos con ello ante la inseminación artificial corpórea con donante.

En segundo lugar, otra forma de inseminación artificial es la inseminación artificial de segundo grado o extracorpórea, llamada también fecundación *in vitro* de un óvulo de la mujer, obteniendo un embrión que luego, y dentro del plazo hábil, se transfiere al útero de la mujer.

Dentro de la inseminación artificial extracorpórea hay que distinguir también dos modalidades: aquella que utiliza gametos de los consortes, utilizando el término en el sentido amplio arriba indicado, y aquella que utiliza una tercera persona extraña al matrimonio o pareja, es decir, haciendo intervenir a un donante<sup>7</sup>.

En ambos casos, la inseminación artificial corpórea o extracorpórea se puede practicar dentro o fuera del matrimonio, en parejas estables o en mujeres solas (solteras, viudas...)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Ello se ha expresado gráficamente por HIGUERA, G., en «Biogenética y Derecho», cit., pág. 10, del siguiente modo:

1. *Inseminación artificial corpórea.*

1.1. I.A.C.

- En matrimonio civil o canónico.
- En pareja estable.
- En viuda.

1.2. I.A.D.

- En matrimonio civil o canónico.
- En pareja estable.
- En mujer sola (soltera, viuda, divorciada, etc.).

2. *Inseminación artificial extracorpórea.*

2.1. I.A.C.

- En matrimonio civil o canónico.
- En pareja estable.
- En viuda.

2.2. I.A.D.

- En matrimonio civil o canónico.
- En pareja estable.
- En mujer sola (soltera, viuda, divorciada, etc.).

<sup>8</sup> *Ibidem.*

Siguiendo a MARTÍNEZ CALCERRADA<sup>9</sup>, la inseminación artificial engloba distintos supuestos:

A) *Inseminación matrimonial homóloga, consorcial o autoinseminación*, porque la concepción de la esposa se produce con el semen del marido: ésta puede ser:

1) *Inseminación artificial «inter vivos»*

- De primer grado. Se introduce el semen del marido en la vagina de la esposa mediante un procedimiento artificial. El portador del semen convive con la esposa.
- De segundo grado. Normalmente la ciencia aconseja que esta técnica se utilice en aquellos casos en que pese a la supervivencia del marido, por trastornos que la esposa puede padecer, se entienda que la concepción será más segura a través de la fecundación artificial de segundo grado.
- De tercer grado. Cuando la fecundación artificial *in vitro* no se hace inmediatamente después de la fecundación, demorándose la transferencia del embrión hasta el momento oportuno.

2) *Inseminación artificial «post mortem»*

Cuando el dador de semen ya ha fallecido y, por tanto, para la fecundación se requiere la técnica de congelación-descongelación. Se distingue entre:

- Inseminación propiamente dicha. Descongelación del semen, que se introduce en la vagina de la mujer.
- Fecundación *in vitro*. Descongelación del semen, que se fusiona con un óvulo en el laboratorio, surgiendo así el embrión para su inmediata o posterior transferencia al útero.

3) *Inseminación con tercera matrimonial*

Se da cuando el semen del marido es el causante de la concepción, pero en el proceso (inicial o final) interviene una mujer distinta de la esposa.

B) *Inseminación matrimonial heteróloga, por tercera o heteroinseminación*.

El portador del semen es una persona diferente al marido de la esposa. Puede ser:

---

<sup>9</sup> *La nueva inseminación artificial*, cit., págs. 76 y sigs.

1) *Inseminación artificial «inter vivos» mediante semen de un tercero*, la que puede ser:

- De primer grado. Penetración del semen del tercero en la vagina de la mujer mediante la técnica adecuada.
- De segundo grado. Mediante fecundación *in vitro* o por congelación-descongelación del semen de tercero.
- De tercer grado. Cuando el proceso de congelación-descongelación se retrasa hasta el momento pertinente.

2) *Inseminación artificial «post mortem»*

El semen procede de un donante fallecido.

3) *Inseminación artificial con tercería matrimonial*

Semen de tercero que fecunda un óvulo de otra mujer, que después se transfiere al útero de la esposa o el óvulo de ésta es fecundado por aquél.

C) *Inseminación artificial extramatrimonial*

Cuando la inseminación artificial tiene lugar fuera del matrimonio, en mujer viuda o soltera, con donante conocido o desconocido, vivo o fallecido, apreciable en parejas de hecho, cuando murió el compañero.

### 3. ANTECEDENTES

Los orígenes de la inseminación artificial son ciertamente remotos debido al afán que en mayor o menor medida ha existido siempre por luchar contra la esterilidad o infertilidad de personas que pese a sus deseos son incapaces de concebir hijos, aunque también es cierto que las técnicas utilizadas para esos fines se han ido perfeccionando, logrando un alto grado de desarrollo sobre todo en los últimos tiempos.

Si echamos una ojeada a la historia, constatamos la presencia de este tipo de experimento en animales y plantas, que servirían después para su utilización en seres humanos.

Siguiendo a VECIANA<sup>10</sup>, desde épocas muy remotas, los pueblos babilónicos y arábigos ya utilizarían este tipo de técnicas de reproducción con plantas que pueden reproducirse sin cópula mediante la polinización artificial.

Un hito muy importante lo constituye ya en 1322 la realización de la primera inseminación artificial sobre mamíferos, y concretamente en caballos, llevada a cabo por los árabes<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> VECIANA, *La eutelegenesia ante el Derecho Canónico*, Barcelona 1957, págs. 31 y sigs.

<sup>11</sup> VECIANA, *ibídem*, pág. 32, nota 33.

En 1780, el abate Lazzaro Spallanzini practicará la inseminación artificial en una perra.

Más tarde, en 1971, la experimentación se practicaría en seres humanos. Hunter será el que la lleve a cabo.

En 1834 nacerá el primer niño por inseminación artificial corpórea.

En 1899 Dickinson, en U.S.A., realiza la primera inseminación artificial en una mujer con semen de un hombre distinto al marido.

En 1949 Robert y Schayshan crearán el primer banco de semen.

En 1969, en el Queen Victoria Medical Center, de Melbourne (Australia), se inician experimentos de F.I.V. en seres humanos.

En 1978 se produce un hito de gran importancia en el marco de la inseminación artificial humana; así, en el mes de julio nacerá Louise Brown, primer ser humano fecundado *in vitro* o «bebé probeta», gracias a los trabajos de Robert Edwards, Patrick Steptone y Barry Barister.

En el año 1980, en Illinois (U.S.A.), tiene lugar la primera maternidad de alquiler, en la persona de Elisabeth Kane.

En el año 1983 Corine Parpalaix reclama ser inseminada con el semen congelado de su difunto esposo, depositado en un banco de semen. El Tribunal de Cretenil autorizó el uso *post-mortem* de dicho esperma.

En 1984, en el Instituto Dexeus, de Barcelona, nace Victoria Ana, primer nacimiento español con F.I.V.

También en 1984, en Australia, nace el primer ser (Zoe) procedente de embrión precongelado.

En 1986 nace, en Nueva Orleán, Justin, niña nacida con el sexo preelegido.

También en 1986, en Australia, se consigue el primer embarazo a partir de óvulos congelados.

En marzo de 1987, el Juez Harvey Sorkov, de New Jersey (EE.UU.), dictó sentencia en el caso Baby M., dirimiendo la eficacia de un contrato de maternidad de alquiler, confiando la niña nacida en marzo de 1986 al matrimonio Stern, en contra de la madre gestante.

En marzo de 1988, la Corte Suprema de New Jersey, en el caso Baby M., revocó la sentencia del Juez Sorkow, declarando nulo el contrato de maternidad de alquiler y confiando la custodia de la niña al señor Stern, padre biológico.

Se trata de un tema éste que aumenta espectacularmente, siendo cada vez más las personas que se someten a este tipo de procedimientos, siendo hoy una realidad que no es posible desconocer<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Un resumen de los distintos hechos acontecidos a lo largo de la historia puede verse, entre otros, en MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial*, cit., págs. 39 y sigs.; HIGUERA, «Biogenética y Derecho», cit., págs. 8 y 9; ZARRALUQUI, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid 1988, págs. 19 y 20.

#### 4. REGULACIÓN JURÍDICA

##### 4) *Regulación interestatal*

Todavía no existe una regulación completa sobre técnicas de reproducción asistida en todos los derechos positivos, es más, son muy pocos aún, como más tarde veremos, los Ordenamientos Jurídicos que ya poseen una legislación sobre el tema. En la mayoría de los Estados, la situación legal sobre estas técnicas es aún precario, encontrándose en estado de comisión, propuesta, proyectos, etc.; no obstante, y pese a ello, lo que sí se observa es una preocupación que traspasa los límites de las fronteras nacionales por regular jurídicamente este tema, cuyas implicaciones ofrecen una amplia heterogeneidad en función de los distintos Estados, y precisamente, y como remedio contra esa heterogeneidad y a fin de buscar un mínimo de uniformidad, se hace necesario una mínima cooperación internacional o supranacional en una materia tan delicada como la que nos ocupa.

En este sentido, son dignos de alabanza los trabajos efectuados en el área cultural europea, donde toda la actividad y gestión está informada por la necesidad de garantizar los derechos y libertades de la persona humana.

Así, en este ámbito, son de destacar el Proyecto de 5 de marzo de 1979, la Recomendación 934 (1982) y la Recomendación del Consejo de Europa 1.046, de 24 de septiembre de 1986.

En relación al proyecto normativo del Consejo de Europa, redactado en Estrasburgo el 5 de marzo de 1979<sup>13</sup>, contiene una serie de recomendaciones que podemos resumir así:

1. Admisibilidad de inseminación artificial que aparece como remedio a la esterilidad-infertilidad de la pareja.
2. Referencia exclusiva a la inseminación artificial de una mujer con esperma de dador anónimo.
3. Subordinación de la inseminación artificial al hecho de que se den las condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.
4. Necesidad de consentimiento de las partes implicadas, es decir: del dador, de la mujer y de su marido, si está casada.
5. Investigación previa por parte del médico o del equipo médico del esperma humano, a fin de evitar enfermedades hereditarias o afecciones contagiosas.
6. Obligación del médico de guardar secreto en cuanto a la identidad del dador, la mujer y el marido, así como de la propia inseminación artificial.

---

<sup>13</sup> Un análisis y comentario pormenorizado del Proyecto puede verse en MARTÍNEZ CAL-CERRADA, *La nueva inseminación artificial*, cit., pág. 40.

7. Carácter gratuito.

8. Consideración de hijo legítimo al niño nacido por I.A. si ha sido consentimiento del marido y negación de cualquier relación entre el dador y el niño.

En relación a diversas facetas biogenéticas, la recomendación 934 (1982)<sup>14</sup> contiene una serie de medidas relativas a la ingeniería genética:

1. Reconocimiento de un patrimonio genético que no se manipule artificialmente.

2. Prohibición de utilizar datos e informaciones genéticas de las personas.

3. Establecimiento de los casos en que sería admisible la terapia genética.

4. Examen acerca de la seguridad y protección de la salud en laboratorios y para el público en general, en relación con los microorganismos sometidos a recombinaciones genéticas *in vitro*.

Por último, no podemos olvidar la importantísima Recomendación 1.046 (1986) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>15</sup>, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, que después de referirse a la Recomendación 934, antes aludida, y tras realizar una serie de observaciones sobre los avances de la medicina en este campo y la precaria situación legislativa que en torno a la protección jurídica del embrión existe en todos los países, da una serie de recomendaciones que podemos resumir así:

1. Limitar la utilización industrial de embriones y fetos humanos a fines exclusivamente terapéuticos.

2. Prohibir toda creación de embriones por fecundación *in vitro* para fines de investigación mientras vivan o después de muertos.

3. Prohibir las desviaciones y manipulaciones genéticas, tales como: creación de seres humanos idénticos por clonación u otros métodos; implantación de un embrión humano en útero de otra especie; fusión de gametos humanos con los de otra especie (excepción al test del hámster);

---

<sup>14</sup> Vid. HIGUERA, G., «Biogenética y Derecho», en R.E.D.C., cit., pág. 27. Esta Recomendación ha sido publicada en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General*, 4/86 (julio-agosto), págs. 101 y sigs.

<sup>15</sup> Discusión por la Asamblea los días 19 y 24 de septiembre de 1986 (13 y 18 Sesiones). Doc. 5.615, rapport de la Comisión de Cuestiones Jurídicas; Doc. 5.628, Acuerdo de la Comisión de Ciencia y Tecnología, y Doc. 5.635, Acuerdo de la Comisión de Cuestiones Sociales y de la Salud. Texto adaptado por la Asamblea el 24 de septiembre de 1986 (18 Sesión). El texto en español puede verse en MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial*, cit., págs. 155 y sigs.

la creación de embriones con esperma de individuos diferentes; quimeras, ectogénesis, creación de niños desde personas del mismo sexo, selección del sexo con fines no terapéuticos; mantenimientos de ambriones *in vitro* más allá del día 14 de la fecundación, ceración de gemelos idénticos, investigación sobre embriones humanos viables, experimentación sobre embriones, vivos o no, etc.

4. Establecimiento de sanciones que aseguren la aplicación de estas reglas.

Por último, en el número 15 se encargó a las comisiones competentes la elaboración de un informe sobre la utilización de ambriones y fetos humanos a fines de investigación científicos, teniendo en cuenta la necesidad de armonizar el principio de libertad de investigación y el respeto a la dignidad humana, estableciendo en un anexo una serie de reglas sobre la utilización y obtención de tejidos de ambriones y fetos humanos con fines de diagnóstico y de terapéutica.

## B) *Derecho Comparado*

Ya hemos puesto de relieve cómo la legislación positiva es escasa en esta materia, encontrándose la mayoría de los Estados en una situación todavía fragmentaria e incompleta, no obstante si existen informes o proyectos que marcan las directrices de una futura legislación, sin olvidar que existen ya algunos países en donde ya hay una regulación jurídica sobre esta temática.

Así, por lo que a Francia se refiere, desde siempre ha existido una gran preocupación por regular el tema de la inseminación artificial, aunque, hoy por hoy, todavía esa preocupación no ha plasmado en un texto legislativo específico, podemos decir que sí existen manifestaciones importantes en pro de esa regulación, tanto a nivel legislativo como a nivel jurisprudencial.

En este sentido, y prescindiendo de otros antecedentes, cabe señalar, no obstante, una proposición de ley de 18 de mayo de 1984<sup>17</sup> que contiene nueve artículos. Entre las directrices que contiene dicha proposición son de destacar:

1. La afirmación de que el concebido es sujeto de derecho desde el momento de la concepción, respetándosele como ser humano y, por tanto, digno de la misma protección y respeto.

---

<sup>17</sup> Puede verse en el trabajo del Ministère de la Justice-Ministère de la Santé et de la famille: «Etat comparatif des regles ethiques et juridiques relatives a la procreation artificielle», t. I y II, de Mr. BYK C. et MINE GALPIN, S. Jacqyot 1986.

2. La prohibición de tráfico comercial sobre los embriones o fetos, ya sean vivos o muertos.

3. Sólo se autoriza la inseminación artificial entre esposos como remedio a la esterilidad.

4. Prohibición del sistema de congelación de embriones, salvo casos especiales dictaminados por un comité ético de valoración.

5. Existencia en cada Dirección Departamental de la Salud de un comité ético, entre cuya composición destaca la representación de las distintas confesiones religiosas.

En el vecino Portugal se contempla de manera específica la materia de la inseminación artificial, concretamente en el artículo 1.839 del Código Civil, cuando en materia de filiación señala que no cabe la impugnación de la paternidad, en base a la inseminación artificial al cónyuge que la hubiera consentido, y, por otro lado, existe un Decreto-Ley 319/1986, de 25 de septiembre, que regula la autorización de organismos públicos y privados para la práctica de la procreación artificial humana.

También en Suecia se ha regulado de manera específica la temática de la inseminación artificial con la ley 1984/1.140, de 20 de diciembre. Entre sus principios directivos destacar:

1. Sólo se permite la inseminación artificial en el matrimonio o pareja de hecho, aunque en ambos casos el semen puede ser del propio marido o pareja o de un tercero, siendo, en todo caso, requisito necesario el consentimiento del marido o acompañante.

2. Un punto importante es el que se contiene en el artículo 4, relativo al derecho del hijo concebido por inseminación artificial a ser informado sobre quién sea su padre biológico cuando alcance la suficiente madurez.

En Italia existe una proposición de ley sobre fecundación artificial humana de 9 de mayo de 1986, Cámara de los Diputados, IX Legislativa (Boletín núm. 3.749), en la que se prevé la inseminación artificial homóloga y heteróloga, y también la fecundación in vitro, tanto en el supuesto de matrimonio o pareja constituida como en mujer soltera, siempre que sea mayor de edad. En relación a la inseminación heteróloga, sólo se permite cuando el hombre está aquejado de infertilidad o cuando los miembros de la pareja posean taras hereditarias que comprometan gravemente la salud de la prole, y entre los requisitos para su admisibilidad destaca aquel según el cual el semen ha de pertenecer a persona que posea caracteres somáticos y genéticos, en su mayoría compatibles con los de los peticionarios (art. 7, 6) y el que, salvo consentimiento expreso de la pareja, el semen no debe provenir de persona de raza distinta (art. 7, 7).

También es de destacar, en relación a la donación de semen y gametos,

el límite de edad que se establece para el donante y que va de los 18 a los 35 años<sup>18</sup>.

Por último, cabe destacar, Australia, país que va a la vanguardia de la legislación sobre esta temática en correspondencia con el adelanto científico del mismo en relación a las técnicas que comentamos<sup>18 bis</sup>.

### C) *Derecho español*

Por lo que a España se refiere, podemos decir que nos encontramos en un estado muy avanzado, casi a la vanguardia en la reglamentación jurídica de las denominadas técnicas de reproducción asistida. En este sentido, el vacío legislativo que debido a los recientes adelantos científicos existía en nuestro país, ha sido colmado con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>19</sup>, y la Ley 42/1988, de 22 de diciembre, que contempla la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, completando así la Ley 30/1979, de 27 de octubre, y disposiciones complementarias sobre extracción y trasplante de órganos, que no contempla la posibilidad de realizar la donación y trasplantes de embriones y fetos humanos, regulación de evidente necesidad como consecuencia de la aplicación de las modernas técnicas de reproducción asistida.

La Ley T.E.R.A. de 22 de noviembre de 1989 está estructurada en veintiún artículos, siete capítulos, una disposición transitoria y cuatro finales; consta, además, con una Exposición de Motivos, en donde se explican las circunstancias que justifican la regulación de esta temática.

Los capítulos llevan las siguientes rúbricas:

Cap. I. Ambito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida (art. 1).

Cap. II. Principios generales (art. 2, 4).

Cap. III. «De los donantes», a su vez divididos en dos partes: 1. «los usuarios de las técnicas», 2. «los padres y los hijos (arts. 6-10).

Cap. IV. «Crioconservación y otras técnicas», con dos partes también: 1. «Diagnóstico y tratamiento», y 2. «investigación y experimentación». Este capítulo comprende de los artículos 12 al 17.

---

<sup>18</sup> AA.VV., *Le fecondazione artificiale questione morali nell'esperienza giuridica*, Milano 1988; BUSNELLI, F. D., «Lo statuto del concepito», en *Dem. e dir.*, 28, 1988, núms. 4-5 («La nuove frontiere del Diritto»), 213-222; GRISMALI, G., «La biotecnologia applicata all'uomo», en *Giur. merito*, 20, 1988, nú. 1, IV, 236-254; GHERRO, S., «Considerazioni canonistiche in tema di fecondazione artificiale», en *Il Diritto di famiglia*, 16, 1987, 3-4, 1199-1217; LANFRANCHI, V., FAVI, S., a cura di, *I figli della scienza. La riproduzione artificiale umana*, Roma 1988; PACE, G. M., *Figli in provetta*, Bari, Laterza 1987.

<sup>18 bis</sup> Un elenco de las diversas disposiciones existentes en ese país puede verse en MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial*, cit., págs. 161 y 162.

<sup>19</sup> B.O.E. de 24 de noviembre de 1988.

- Cap. V. «Centros sanitarios y equipos biomédicos» (arts. 18-19).  
Cap. VI. «De las infracciones y sanciones» (art. 20).  
Cap. VII. «Comisión Nacional de Reproducción Asistida» (art. 21).

Entre los principios generales o cuestiones fundamentales que trata la Ley merecen destacarse los siguientes:

1. La Ley se extiende a la regulación de las técnicas de reproducción asistida humana, en concreto, la inseminación artificial (I.A.), fecundación in vitro (F.I.V.), con transferencia de embriones (T.E.) y la transferencia intratubárica de gametos (T.I.G.), cuando estén científica y clínicamente sanitarios y científicos autorizados y acreditados y por equipos especializados.

2. El fin fundamental de esta Ley es la lucha contra la esterilidad humana, aunque también aparece como instrumento para la prevención de enfermedades genéticas y para la investigación.

3. Las receptoras han de ser mujeres mayores de edad en buen estado de salud psico-físico que hayan aceptado libre y conscientemente.

4. La donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado.

3. La donación será anónima; los hijos así tienen el derecho a obtener información general de los donantes que no incluyan la identidad, salvo en supuestos excepcionales. El donante habrá de ser mayor de 18 años.

6. Toda mujer, casada o soltera, puede ser usuaria de estas técnicas. Si es casada, aparte de su consentimiento, se requiere el del marido.

7. Se admite la fecundación *post mortem* dentro de unos plazos (artículo 9).

8. Es nulo de pleno derecho el contrato de subrogación o maternidad subrogada.

9. Se permite la técnica de crioconservación durante un plazo máximo de cinco años.

10. Intervención sobre el preembrión vivo in vitro con fines terapéuticos.

11. Investigación (arts. 14, 15 y 16).

12. Prohibiciones y sanciones.

13. Creación de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Un comentario exhaustivo sobre esta Ley puede verse en MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial*, cit., págs. 241 y ss.; una crítica a la misma puede verse en PANTALEÓN, F., «Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», en *Jueces para la democracia*, núm. 5, diciembre de 1988, págs. 19-36.

5. POSICIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: LA INSTRUCCIÓN DE JUAN PABLO II

La Iglesia es clara al respecto y desde siempre ha mantenido una actitud reacia en lo que a las técnicas de reproducción asistida se refiere, y es que un principio general sostenido por la Iglesia ha sido el de la inseparable conexión entre los dos significados: unitivo y procreativo del acto sexual<sup>21</sup>.

En este sentido, ya en 1897, a la pregunta de si se podía poner en práctica la fecundación artificial en la mujer, el Santo Oficio respondió el 24 de marzo que no era lícito<sup>22</sup>.

Más tarde, el Pontífice Pío XII se pronunciaría sobre el tema con ocasión del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos (29 de septiembre de 1949), estableciendo: que la fecundación artificial fuera del matrimonio ha de considerarse como inmoral, al igual que la fecundación artificial en el matrimonio, pero producida por elemento activo de un tercero<sup>23</sup>. En otras ocasiones, así, en la alocución a los componentes de la Unión Católica Italiana de Obstetricia (29 de octubre de 1951)<sup>24</sup>, en su discurso de 19 de mayo de 1956 al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad<sup>25</sup> o en su alocución a los participantes del VII Congreso Internacional de Hematología (12 de septiembre de 1958)<sup>26</sup>, insiste en la doctrina precedente<sup>27</sup>.

También el Magisterio Episcopal se ha ocupado de tales temas en algunas intervenciones detascadas, como, por ejemplo, la Nota Pastoral de la Conferencia Episcopal Portuguesa sobre la regulación de la natalidad, de 29 de enero de 1983<sup>28</sup>; la Carta de los Obispos de la provincia de Vitoria (Australia), de 16 de enero de 1984<sup>29</sup>; el informe del cardenal G. B. Home sobre el informe Warnock, de 19 de julio de 1984<sup>30</sup>; el documento de la Comisión sobre la familia del Episcopado francés, de 21

---

<sup>21</sup> En este sentido, GARCÍA DE HARO, «La fecundación artificial en el Magisterio de la Iglesia», en *Correo Español, El Pueblo Vasco* de 20 de febrero de 1985 señala que la alta concepción que el cristianismo tiene de la persona humana la impide admitir que quepa delegar el origen de la vida a un gesto de laboratorio. La Iglesia defiende así la grandeza de la vida humana, negada en cambio por los sostenedores de la fecundación en laboratorio, cuya postura aparece entonces como un signo inequívoco de una de las enfermedades del hombre contemporáneo: la pérdida del sentido de la singularidad del hombre.

<sup>22</sup> A.A.S., 1986/1987, 704.

<sup>23</sup> A.A.S., 41 (1949), 551-567.

<sup>24</sup> A.A.S., 43 (1951), 835-854.

<sup>25</sup> A.A.S., 48 (1956), 467-474.

<sup>26</sup> A.A.S., 30 (1958), 732-740.

<sup>27</sup> Vid. GAFO, J., *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Pontificia de Comillas, págs. 144 y sigs.

<sup>28</sup> *Documentation Catholique*, 81 (1984), 272-277.

<sup>29</sup> *Documentation Catholique*, 81 (1984), 1021-1024.

<sup>30</sup> *Documentation Catholique*, 81 (1984), 1020-1021.

de noviembre de 1984<sup>31</sup>; la respuesta de los obispos de la Gran Bretaña al informe Warnock, de 11 de diciembre de 1984<sup>32</sup>; la Declaración de la Asamblea de Obispos de la R.F.A., de 2326 de septiembre de 1985<sup>33</sup>, y la Declaración del Episcopado Austriaco (Asamblea General de 25-27 de marzo de 1985<sup>34</sup>, entre otras<sup>35</sup>.

No cabe duda, sin embargo, que es la Instrucción *Domun vitae*, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, la que más nos interesa por ser un documento directo y reciente, a la vez que necesario, debido a la proliferación y desarrollo de la técnica de la fecundación *in vitro* con transferencia de embrión, que ha hecho posible nuevas formas de manipulación genética, planteando, a la vez, nuevas interrogantes acerca de su posible licitud<sup>36</sup>.

En dicha Instrucción son dos los valores fundamentales que sirven de criterio para emitir un juicio moral sobre las técnicas de procreación artificial humana: la vida del ser humano «desde el momento de la concepción hasta la muerte, y la originalidad con que esa vida es transmitida basada en la propia originalidad de la persona humana que presupone la colaboración responsable de los esposos con el amor fecundo de Dios, de ahí que el don de la vida humana deba realizarse en el matrimonio mediante los actos específicos y exclusivos de los esposos<sup>37</sup>.

En relación a la licitud o ilicitud de las intervenciones terapéuticas sobre el embrión humano, la Instrucción afirma la licitud siempre que respeten la vida e integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, tengan como fin su curación, salud o supervivencia, y lo mismo se afirma con respecto a la investigación y experimentación sobre embriones y feto humanos; por ello, la Iglesia excluye la praxis de mantener en vida embriones humanos, *in vivo* o *in vitro*, para fines experimentales o comerciales, por constituir un atentado contra la vida humana, al igual que condena cualquier procedimiento de manipulación genética: clonación partenogénesis, selección de cromosomas, crioconservación...

En cuanto a la fecundación artificial heteróloga, la Iglesia entiende que es contraria a la unidad del matrimonio y a la fidelidad conyugal, al tiempo

---

<sup>31</sup> *Documentation Catholique*, 81 (1984), 1026-1031.

<sup>32</sup> *Documentation Catholique*, 82 (1985), 392-401.

<sup>33</sup> *Documentation Catholique*, 82 (1985), 1162-1164.

<sup>34</sup> *Il Regno*, 30 (1985), núm. 527, págs. 213-214.

<sup>35</sup> Sobre el tema, vid. GAFO, J., *Nuevas técnicas de reproducción humana*, cit., págs. 143 y sigs.; RAMÍREZ NAVALÓN, «Reflexión sobre la Instrucción *Domum vitae* en relación con algunos informes civiles», en *R.E.D.C.*, 44 (1987), pág. 578, nota 6; MARCIANO VIDAL, *Bioética*, págs. 44 y sigs.; LÓPEZ AZPITARTE, «Magisterio de la Iglesia y problemas éticos: Discusiones actuales», en *Razón y fe*, abril (1987), y bibliografía citada.

<sup>36</sup> Congregación para la Doctrina de la fe, «Instrucción de 22 de febrero de 1987 sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas preguntas de actualidad», en *C.C.I.* (1987), 561-586; un comentario sobre esta Instrucción puede verse en RAMÍREZ NAVALÓN, «Reflexión sobre la Instrucción *Donum vitae* en relación con algunos informes civiles», en *R.E.D.C.*, 44 (1987), págs. 577-590.

<sup>37</sup> Cfr. Constitución *Gaudium et Spes*, 51.

que lesiona los derechos del hijo al privarle de la relación filial con sus orígenes paternos, pudiendo dificultar la maduración de su identidad personal.

La Iglesia no admite tampoco la fecundación artificial de una mujer soltera o viuda.

Tampoco admite la llamada maternidad sustitutiva, contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

En cuanto a la fecundación artificial homóloga o dentro del matrimonio, también es ilícita, ya que no se dan conjuntamente los dos elementos o significados específicos del acto conyugal, que son el elemento unitivo y el elemento procreativo<sup>38</sup>. Tal tipo de fecundación no es admisible salvo en el caso de que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y ayuda para que aquél alcance su fin natural.

Pues bien, vista la vertiente jurídica y la posición de la Iglesia Católica, pasamos a examinar los problemas que estas técnicas pueden plantear en relación a los derechos fundamentales.

## 6. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y DERECHOS HUMANOS

Son muchos los problemas jurídicos que plantea la temática de la inseminación artificial. Como la propia Exposición de Motivos de la Ley señala, «los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la Ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que debe solucionarse si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión».

Estos problemas pueden tener repercusiones jurídicas de índole administrativa, relativas a los centros sanitarios, equipos biomédicos, requisitos, etc., de índole penal y de índole civil (determinación de la maternidad, paternidad, filiación, sucesión, etc.<sup>39</sup>. Pero también plantean otro tipo de problemas cercanos a otras áreas jurídicas distintas, como puede ser la filosofía del Derecho cuando nos planteamos el tema de lo Derechos humanos y los límites que a toda experimentación de este tipo deben presidir.

<sup>38</sup> Sobre la doctrina del Magisterio Pontificio acerca de la inseparabilidad de esos elementos, vid. Encíclica «Mater et Magistra», A.A.S., 53 (1961), 401464; Constitución Pastoral «Gaudium et Spes», A.A.S., 58 (1966), 1072; Encíclica «Humanae Vital», A.A.S., 60 (1968), 481-503; Exhortación «Familiaris Consortio», A.A.S., 74 (1981), 81-191.

<sup>39</sup> División a la que hace referencia también la Exposición de Motivos de la Ley 42/1988, de 22 de noviembre. A esta clasificación se refiere también GAFO, J., *Nuevas técnicas de reproducción humana*, cit., págs. 109 y sigs. Sobre estos problemas, con carácter general, véase la obra colectiva *El Derecho en las fronteras de la medicina*, Facultad de Medicina, Universidad de Córdoba, Córdoba 1985. Para problemas de filiación véase LLEDA YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid 1988.

En este sentido, la propia Ley, en su Exposición de Motivos, se refiere a ello cuando dice: «No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los Derechos Humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia puede actuar sin traumas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad, de que, en estricto beneficio del ser humano, no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer.»

De estas palabras se deduce que la investigación científica tiene un límite y este límite es el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales, siendo precisamente la determinación de este límite, y los derechos implicados en este tema, el objeto de nuestro estudio.

Para ello nos fijaremos, en primer lugar, en el concepto y significado de la dignidad humana como límite a la investigación científica, para bajar desde allí al estudio de los derechos humanos implicados en este apasionante y dificultoso tema.

### 6.1. *La dignidad humana como límite a la investigación científica*

La apelación a la ética cuando se trata de regular el tema de la experimentación humana es prácticamente unánime, proclamándose, a la vez, que el principio fundamental sobre el que la ética se apoya es precisamente el de la dignidad del hombre que es sujeto activo y pasivo de esa experimentación<sup>40</sup>. Ahora bien, ¿qué se entiende por dignidad humana?

«El valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre a propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona»<sup>41</sup>, la dignidad de la persona consiste, precisamente, en ser persona y «ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es lo que se llama la dignidad de la persona humana»<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. MODESTO SANTOS, «La dignidad de la persona como criterio ético de toda experimentación humana», en *Dilemas éticos de la medicina actual*, Gafo, ed., Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1986, págs. 279 y sigs., y esp. pág. 283.

<sup>41</sup> LEGAZ LACAMBRA, «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre», en *Revista de Estudios políticos*, núm. 55, pág. 19.

<sup>42</sup> MILLÁN PUÉLLEZ, *Persona humana y Justicia social*, Madrid 1973, pág. 15. A mayor abundamiento, una completa monografía sobre el tema puede verse en GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Madrid 1986.

Que la dignidad de la persona humana aparece como fundamento de la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona se hace cada vez más evidente a partir de la segunda guerra mundial. La dignidad humana es una constante en todos los textos y declaraciones internacionales, así como las Constituciones de los Estados, apareciendo la dignidad de la persona como principio rector del Ordenamiento Jurídico español en el artículo 10, 1, de la Constitución Española, cuando dice: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.» Este carácter, informador, de la dignidad de la persona se ha reconocido también por el Tribunal constitucional, cuando señala que: «junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona...»<sup>43</sup>.

Por otro lado, en relación a los Textos Internacionales, que han de informar la interpretación de las normas españolas sobre derechos humanos y libertades fundamentales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10, 2, de la Constitución Española<sup>44</sup>, son de destacar las siguientes:

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que en su mismo preámbulo proclama la fe de las Naciones Unidas «en la dignidad y el valor de la persona humana», repitiéndose después ese valor en otros momentos de la Declaración<sup>45</sup>.

En segundo lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966<sup>46</sup>, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966<sup>47</sup>, establecen en su preámbulo que los Estados firmantes consideran: «que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables»; reconocen «que estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana» y consideran «que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas».

En un ámbito territorial más limitado únicamente para Europa, destaca el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos

---

<sup>43</sup> Véase en este sentido la S.T.C. 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, B.O.E. de 18 de mayo de 1985, fundamento jurídico núm. 8.

<sup>44</sup> El artículo 10, 2, de la C.E. dispone que: «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>45</sup> Vid. Declaración 1, 22 y 23.

<sup>46</sup> Firmado por España el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977.

<sup>47</sup> Firmado y ratificado en la misma fecha anterior.

y las libertades fundamentales<sup>48</sup>, que, aunque no con la misma claridad que en los textos internacionales anteriores, reconoce y garantiza todo los derechos y aspectos fundamentales e inherentes a la dignidad humana.

También la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea de Helsinki se refiere a la dignidad humana en el apartado VII, cuando afirma que «los Estados participantes respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos» y que «promoverán y fomentarán el ejercicio efectivo de los derechos y libertades civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y otros derechos y libertades, todos los cuales derivan de la dignidad inherente a la persona humana y son esenciales para su libre y pleno desarrollo»<sup>49</sup>.

De esta manera, todos los textos internacionales, así como el artículo 10, 1, de la Constitución Española, parecen consagrar a la dignidad humana como principio informador y básico de sus respectivos ordenamientos, pero a ello, a este concepto de dignidad humana, le son inherentes unos derechos que se consideran fundamentales. En este sentido, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, con relación al Ordenamiento Jurídico español: «El principio del respeto a la personalidad humana subyace bajo todos los derechos fundamentales. En todos y cada uno de los derechos, no sólo en los que la Constitución califica de fundamentales, sino en los demás derechos que la Constitución consagra en los artículos siguientes, llamados derechos sociales»<sup>60</sup>.

Sin embargo, en la Constitución de 1978 es clara la diferencia entre uno y otro tipo de derechos, siendo la protección jurisdiccional especial (art. 53, 2) otorgada, también diferente sobre la base de que en unos derechos la dignidad humana aparece más enraizada; en este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que «la Constitución, junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta... ha elevado también a valor jurídico-fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el buen desarrollo de la personalidad (artículo 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 18, 1)<sup>51</sup>.

Pues bien, llegados a este punto, se impone la necesidad de determinar cuáles serán los derechos humanos que de alguna manera pueden ser afec-

---

<sup>48</sup> Roma 4 de noviembre de 1950, suscrito por España el 24 de noviembre de 1977 y publicado en el B.O.E. de 10 de octubre de 1979.

<sup>49</sup> También en el ámbito eclesial la apelación a la dignidad humana es una constante. Un examen de las distintas declaraciones de la Iglesia que hacen referencia al tema puede verse recogido en GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona...*, cit., págs. 39 y sigs.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona...*, cit., pág. 79.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 8.

tados por las técnicas de reproducción asistida, objeto de nuestro trabajo<sup>52</sup>.

En el presente estudio no pretendemos analizar todos y cada uno de los derechos que en alguna medida, directa o indirectamente, pueden ser vulnerados por estas técnicas, sino sólo aquellos que de una manera clara y evidente pueden ser distorsionados por ellas, y concretamente nos vamos a referir a aquellos cuyo ejercicio pueda entrar en colisión con la norma concreta o con otros derechos o libertades, a fin de trazar la línea divisoria entre ambos y así determinar los límites a que deben supeditarse la puesta en práctica de las técnicas de procreación asistida.

En este sentido, nos fijaremos en los siguientes derechos:

- Derecho a la vida e integridad física y psíquica (art. 15 de la C.E.).
- Derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que resulten del derecho o libertad de investigación [art. 20, 1, b), de la C.E.].
- Derecho a fundar una familia (arts. 32 y 39 de la C.E.) y derecho a procrear.
- Libertad ideológica y religiosa (art. 16). Objeción de conciencia.

## 6.2. *El derecho a la vida e integridad física y psíquica* (art. 15)

El artículo 15 de nuestra Constitución establece que: «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», siendo el primero de los artículos de la sección 1 del capítulo II del Título I de la Constitución dedicado a los derechos fundamentales y libertades públicas.

El primer problema que plantea el artículo 15 de la C.E. es el de determinar el alcance de la protección constitucional de la vida, es decir, se trata de precisar si la protección del artículo 15 alcanza sólo a las personas nacidas o también se extiende al *nasciturus*, es decir, a la vida del embrión o feto dependiente de la vida de la madre.

El tema es de extraordinaria importancia a los efectos de este trabajo, pues, como sabemos, las nuevas técnicas de procreación asistida afectan a la estructura de la personalidad humana, al afectar a los caracteres hereditarios, y, en este sentido, se hace necesario precisar con exactitud cuándo el producto de la fecundación adquiere la consideración de «humano».

Por lo que a la ley sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988 se refiere, plantea en la Exposición de Motivos la necesidad de definir el *status* jurídico del desarrollo embrionario, material con

---

<sup>52</sup> Un elenco completo de los derechos humanos que pueden verse implicados en relación a la procreación artificial puede verse en ZARRALUQUI, L., *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid 1988, págs. 36 y sigs.

el que se trabaja, tal y como indica la Recomendación 1.046 de 1986, del Consejo de Europa; a tal efecto distingue entre embrión y preembrión, para designar con este último término al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero, y, entendiendo por embrión la fase de desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos y cuya duración es de unos dos meses y medio más, zanjando la cuestión del inicio de la vida, al hacerla coincidir este momento con el surgimiento del embrión.

Para ello el legislador, después de referirse al criterio de no mantener al óvulo fecundado *in vitro* más allá del día 14 al que sigue a su fecundación, criterio que se sostiene en la mencionada Recomendación 1.046 de 1986, del Consejo de Europa, se refiere a algunas doctrinas constitucionales que apoyan esa interpretación, y, concretamente a la doctrina del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en sentencia de 25 de febrero de 1975, al establecer que: «según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación», y, a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 ed abril de 1985, fundamento jurídico 5, a), cuando dice que «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte».

No obstante, no todos los autores están de acuerdo con la distinción operada en la ley entre el embrión y el preembrión como mecanismo que sirva para conceder mayor protección jurídica a partir del día 14 de la fecundación y menor protección jurídica antes del día 14. En este sentido se ha señalado que: «el principio de la vida y la salud implica que está tajantemente prohibido, desde el momento de la fusión de los gametos formando el óvulo, toda experimentación sobre el embrión que no tenga un fin terapéutico, que vaya en apoyo de la nueva vida»<sup>53</sup>, y en contra de la utilización del término preembrión se ha dicho que: «si queremos ser consecuentes con los conceptos científicos y hasta con los jurídicos recogidos en las recomendaciones del Consejo de Europa, creemos que debe suprimirse de la ley el término preembrión, y también cualquier otra expresión que lo llame «embrión preimplantatario», porque esa terminología solamente sirve para tratar de encubrir manipulaciones genéticas, que aun siendo posibles, éticamente pueden no ser admisibles y de suyo muchas de ellas no lo son»<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> ALVAREZ RUIZ DE VIÑASPARE, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria número 89 (27-9-1988), págs. 3936 y 3937.

<sup>54</sup> RENOBALES VIVANCO, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria núm. 89 (27-9-1988), págs. 3937 y 3938. En igual sentido se manifiesta VIDAL MARTÍNEZ cuando dice: «hoy

En cuanto a la apelación que la propia Exposición de Motivos de la ley, hace a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, tampoco parece correcta ni completa su interpretación.

En este sentido, como ha señalado MARTÍNEZ CALCERRADA, la interpretación del fundamento jurídico 5, a), de la sentencia de 11 de abril de 1985, es un tanto forzada al interpretar que la gestación se inicia con la implantación, pues, señala el autor: «Esta interpretación no es compatible con el tenor de la sentencia de 11 de abril de 1985. No lo es porque la propia sentencia equipara la gestación con la fecundación y no con la anidación<sup>55</sup>; esto es puesto de manifiesto en el fundamento jurídico 11, b), en el que se dice: "... basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto...", si el Tribunal Constitucional hubiese tenido consciencia de que la gestación era igual a la implantación tendría que haber dicho: basta pensar que la gestación tuvo su origen en la fecundación provocada por la comisión de un acto...»<sup>56</sup>.

Por otro lado, como ha señalado VILA CORO BARRACHINA: «Con la fertilización del óvulo por el espermatozoide se da origen o un nuevo código genético individualizado. Ahí está ya la persona. En el genoma están todos los elementos que corresponden al ser humano, que se irán manifestando de acuerdo con el programa de su código genético»<sup>57</sup>.

También LACADENA se manifiesta en el mismo sentido cuando dice: «En cuanto a la cuestión de cuándo empieza la vida, ningún científico dudaría en responder que es el momento de la fecundación, puesto que de dos realidades distintas —el óvulo y el espermatozoide— surge una nueva realidad —el cigoto, con los dos prenúcleos—, que tiene su propia potencialidad y autonomía genética, ya que aunque depende de la madre para

---

por hoy podemos anticipar que no existe base legal ni jurisprudencial para adoptar la inclusión en el ordenamiento español del concepto de preembrión». No nos parece correcta la interpretación que la Exposición de Motivos de la proposición hace del fundamento jurídico 5 de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, pretendiendo apoyarse en la misma para introducir en nuestro ordenamiento el concepto de «preembrión», en «Nuevas formas de reproducción humana», *Cuadernos Civitas*, 1988, página 163.

<sup>55</sup> En contra, RODRÍGUEZ MOURULLO, quien en relación a dicha sentencia sostiene que: «el primer punto importante es que entienda que la vida es un proceso continuado y hay que subrayar que señala efectos jurídicos el comienzo de ese proceso continuado en la gestación y no en la concepción, con lo cual deja fuera del tema que nos ocupa todo ese período inicial que va desde la fecundación del óvulo hasta la anidación del óvulo, que es cuando realmente la medicina actual considera que comienza el proceso de gestación o embarazo», en «El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura», en *Poder judicial y derechos humanos*, pág. 40.

<sup>56</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial...*, cit., pág. 525.

<sup>57</sup> VILA CORO BARRACHINA, «El comienzo de la vida humana», en *Revista General de Derecho*, núm. 528, septiembre 1988, pág. 5798, y bibliografía allí citada. Una posición de absoluta protección del nasciturus puede verse en STORCH DE GRACIA, «Acerca de la naturaleza jurídica del concebido y no nacido», en *La Ley*, VII, 1726, 5 de junio de 1987, páginas 3 y sigs.

subsistir, su desarrollo se va a realizar según su propio programa genético»<sup>58</sup>.

Por su parte, la Iglesia se ha manifestado en igual sentido cuando señala que: «la vida física, por la que se inicia el itinerario humano en el mundo, no agota en sí misma, ciertamente, todo el valor de la persona, ni representa el bien supremo del hombre llamado a la eternidad». Sin embargo, en cierto sentido constituye el valor «fundamental» precisamente porque sobre la vida física se apoyan y se desarrollan todos los demás valores de la persona. La inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano inocente «desde el momento de la concepción hasta la muerte es un signo y una exigencia de la inviolabilidad misma de la persona a la que el creador ha concedido el don de la vida»<sup>59</sup>.

La Instrucción *Domum vitae* que incide en estas consideraciones se refiere a su vez a las enseñanzas contenidas en otros documentos, y así señala que: «desde el momento en que el óvulo es fecundado se inicia una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación se inicia la aventura de una nueva vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar»<sup>60</sup>.

En otro pasaje, parece equiparar el embrión al feto cuando dice al hablar del estatuto jurídico del embrión que «la Iglesia, por su parte, en el Concilio Vaticano II ha propuesto nuevamente a nuestros contemporáneos su doctrina constante y cierta, según la cual «la vida ya concebida ha de ser salvaguardada con extremos cuidados desde el momento de la concepción. El aborto y el infanticidio son crímenes abominables»<sup>61</sup>, y añade: «ciertamente ningún dato experimental es por sí suficiente para reconocer un alma espiritual; sin embargo, los conocimientos científicos sobre el em-

---

<sup>58</sup> LACADENA, JUAN JOSÉ, «Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto», en *Jano*, vol. XXIX., núm. 665-h, 17-18 de noviembre de 1985, página 1559; IDEM, «Status del embrión previo a su implantación», en *Dilemas éticos de la medicina actual*, Ed. Gafo, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1986, págs. 397-403, esp. 398.

<sup>59</sup> Congregación para la Doctrina de la Fe, «Instrucción de 22 de febrero de 1987 sobre el respeto de la vida humana y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas preguntas de actualidad», cit. El valor de la vida humana desde su concepción es doctrina inmutable de la Iglesia. Recuérdese en este sentido el núm. 51 de la Const. Past. «Gaudium et Spes», A.A.S., 58 (1965); la Encíclica «*Humanae Vitae*», A.A.S., 60 (1968), págs. 481-503; la «*Familiaris consortio*», A.A.S., 74 (1981), págs. 81-191; la «Carta de los Derechos de la familia», *Ecclesia*, 2.152 (1983), pág. 11.

<sup>60</sup> Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, «Declaración sobre el aborto procurado», 12-13, A.A.S., 66 (1974), pág. 738.

<sup>61</sup> Constitución Pastoral «*Gaudium et Spes*», 51.

brión humano ofrecen una inclinación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana? El Magisterio no se ha comprometido expresamente con una afirmación de naturaleza filosófica, pero repite de modo constante la condena moral de cualquier tipo de aborto procurado. Esta enseñanza permanece inmutada, es inmutable»<sup>62</sup>.

Hasta tal punto equipara la Iglesia el embrión o lo que nuestra ley llama preembrión al feto, que casi al mismo tiempo que nuestra ley salía en el *B.O.E.*, el periódico *Expansión* de 3 de diciembre de 1988 informaba que el Vaticano había confirmado la excomunión automática para los casos de la muerte procurada del feto en cualquier modo y en cualquier tiempo desde el momento de la concepción»<sup>63</sup>.

Ello va a plantear múltiples problemas de conciencia en el campo técnico-médico, especialmente para el personal que sea católico, y, sobre todo, en el caso de la fecundación *in vitro*, en la que no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, algunos de los cuales son destruidos. «La Iglesia, del mismo modo en que condena el aborto provocado, prohíbe también atentar contra la vida de estos seres humanos»<sup>64</sup>, o, en el supuesto mismo de la frioconservación o congelación de embriones, supuesto previsto en el artículo 11 de nuestra ley, donde se establece la posibilidad de frioconservación durante un tiempo máximo de cinco años, lo que también para la Iglesia «constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, les priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y les pone en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones»<sup>65</sup>.

También en el supuesto previsto en el artículo 12 de la Ley: «Toda intervención sobre el preembrión, vivo, *in vitro*, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas si ello es posible, o desaconsejar su transferencia para procrear», así como los supuestos previstos en los artículos 14 a 17, sobre investigación y experimentación.

Desde esta óptica, pueden ser muchas las personas que se nieguen a realizar estas prácticas de inseminación artificial e investigación por motivos de conciencia, supuesto que no está expresamente previsto en nuestra ley y al que nos referimos en la última parte de nuestro trabajo. Piénsese además que tales prácticas llevan anejos otros problemas distintos del

---

<sup>62</sup> Cfr. PABLO VI, Discurso a los participantes al XXIII Congreso nacional de los jesuitas católicos italianos, 9 de diciembre de 1972, *A.A.S.*, 64 (1972), pág. 777.

<sup>63</sup> Puesto de relieve por MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial*, cit., página 213.

<sup>64</sup> Instrucción «*Domum Vitae*», 5.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

respeto a la vida, pero también fuertemente arraigados en la mentalidad católica, como por ejemplo el principio del respeto a la unidad del matrimonio y la fidelidad conyugal que se vulneraría en la llamada inseminación heteróloga, aparte de otros problemas (ejemplo, riesgo de incesto), que iremos planteando a lo largo de nuestro trabajo. En la propia instrucción se hace así un llamamiento a los médicos cuando dice: «La humanización de la medicina, que hoy día es insistentemente solicitada por todos, exige en primer lugar el respeto de la integral dignidad de la persona humana en el acto y en el momento en que los esposos transmiten la vida a un nuevo ser personal. Es lógico por eso dirigir una urgente llamada a los médicos y a los investigadores católicos para que sean testimonios ejemplares del respeto debido al embrión humano y a la dignidad de la procreación»<sup>66</sup>.

Volviendo al Derecho español, y más concretamente a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, se nos señala que «la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental», y además señala que dicha protección «implica para el Estado con carácter general dos obligaciones, la de abstenerse de interrumpir o de *obstaculizar el proceso natural de gestación*, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, *dado el carácter fundamental de la vida*, incluya también, como última garantía, las normas penales»<sup>67</sup>.

Es por esto por lo que afirmamos con DE LA OLIVA SANTOS que «frente al “valor vida humana” no se alza el caso de la F.I.V.T.E. y análogos ningún otro valor —bien jurídico, derecho o libertad— ante el cual pueda el primero claudicar. Me parece innecesario justificar que la curación de la infertilidad o de la incapacidad para concebir o mantener el embarazo no debe prevalecer sobre el “valor vida humana”. Y, por otra parte, reputo insostenible, no ya la prevalencia de un pretendido “derecho a tener hijos”, sino la simple existencia de tal derecho, ya como derecho subjetivo, ya como derecho fundamental... Permitir una experimentación científica que suponga destrucción de vidas humanas no es conforme al Derecho español, que, en este punto, recoge la mejor tradición universal»<sup>68</sup>.

Por otra parte, e íntimamente ligado al derecho a la vida, aparece el derecho a la integridad física y corporal, reconocido asimismo en el artículo 15 de la Constitución. De esta manera, como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, se está garantizando la integridad personal en el sentido de «incolumidad personal», que garantiza el derecho de la persona a no ser atacada en su integridad psíquica, ni en general en su salud física y men-

<sup>66</sup> Instrucción «*Domum Vitae*», 7.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, cit.

<sup>68</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «*Nasciturus* o *Moriturus*», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4.186, julio-agosto, págs. 83 y sigs.

tal»<sup>69</sup>. Este concepto de «incolumidad personal» comprende una pluralidad de derechos. «En primer lugar, comprende el derecho a la integridad física, es decir, al derecho a no ser privado en ningún miembro u órgano corporal; en segundo lugar, comprende el derecho a la salud física y mental, el derecho de la persona a no ser sometida a procesos de enfermedad que eliminen su salud; en tercer lugar, el derecho al bienestar corporal y psíquico, es decir, el derecho de la persona a que no se le hagan sentir sensaciones de dolor o sufrimiento; y por último, el derecho a la propia apariencia personal, es decir, el derecho a la persona a no ser desfigurada en su imagen externa»<sup>70</sup>.

En definitiva, el hombre tiene derecho a su integridad corporal y aquí se incluye la inviolabilidad del ser humano por privación de sus órganos, tejidos, vasos, huesos y miembros, como por sustracción de otros elementos corpóreos, como pueden ser el pelo, los dientes... y, por supuesto, los gametos<sup>71</sup>.

El problema se ha de centrar en los límites y justificación que puede tener la manipulación genética; en este caso, a fin de determinar su legitimidad. Los riesgos de muerte o de lesiones para los embriones obliga a plantearse la problemática de la valoración penal de tales hechos.

Bien es cierto que el tema de la determinación de la individualidad y la personalidad humana es un tema complejo y discutido, sobre los que los artículos 29 y 30 del Código civil no aclaran nada al respecto. Como también es cierto que el Derecho penal no regula actualmente tales problemas, pero también es verdad que la redacción del artículo 15 de la Constitución («todos tienen derecho a la vida») es lo suficientemente amplia como para entender que el embrión, como ya hemos visto, también tiene derecho a la vida y a la integridad física y corporal; se trata de una laguna legal que debe ser corregida en un futuro inmediato; por ello, como ha señalado BUENO ARUS: «El Código penal español debe ser modificado entre otras razones para aumentar el delito de coacciones, tipificar los supuestos de lesiones al embrión o feto y regular todas las actividades concernientes a la fecundación *in vitro* y manipulaciones genéticas para evitar invasiones intolerables de los bienes de la dignidad y de la intimidad humanas»<sup>72</sup>.

Como manifestación concreta del derecho a la vida es la prohibición de tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes en los térmi-

---

<sup>69</sup> Cfr. «El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura», en *Poder judicial*, 1, *Derechos humanos*, pág. ». También en «Comentario al artículo 15», en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. Alzaga), Madrid 1984, II, pág. 317.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *El derecho a la vida*, cit., pág. 43.

<sup>71</sup> Cfr. ZARRALUQUI, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid 1988, página 80. Sobre la naturaleza jurídica de éstos, vid., del mismo autor, «La naturaleza jurídica de los elementos genéticos», en *Revista General de Derecho*, junio de 1986, pág. 2439.

<sup>72</sup> «Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho Penal», en *El Derecho en las fronteras de la medicina...*, cit., pág. 36.

nos más absolutos, prohibición que deriva de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución española y que comprende todos aquellos tratamientos que impliquen lesión o dolor físico o moral.

Por último, y relacionado con el derecho a la integridad, se reconoce en el artículo 43, 1, de la Constitución española el derecho a la salud entre los principios rectores de la política social y económica, aunque con una protección menor que la que se concede al derecho a la integridad física en virtud del artículo 53, al estar situado este último entre los derechos fundamentales de la sección primera, capítulo segundo <sup>73</sup>.

6.3. *Derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que resulten de él. Derecho o libertad de investigación*  
[art. 20, 1, b), C.E.]

La experimentación científica realizada en seres humanos es una constante en la historia de la humanidad. Las experiencias nazis llevadas a cabo sobre seres humanos constituyen un capítulo especial y brutal de atentados contra la vida e integridad de la persona, contra su dignidad. Sin embargo, lo cierto es que el progreso de la medicina se ha basado y se sigue basando en la experimentación, de tal manera que el fundamento mismo del progreso científico se basa en el «experimento», experimento que se puede realizar en animales, pero que también es necesario realizar en seres humanos, pues «para adquirir conocimientos aplicables a los seres humanos, a fin de cuentas no nos queda más remedio que observar y experimentar en esos mismos seres humanos. Los experimentos en animales, la fisiología comparada y otros procedimientos preliminares son útiles y necesarios, pero no pueden reemplazar la observación y la confirmación de la respuesta humana a los nuevos métodos terapéuticos» <sup>74</sup>.

El artículo 15, 1, del Pacto de Derechos Económicos (1966), reconoce el derecho de toda persona a participar en el progreso científico y en sus aplicaciones, o, de «los beneficios que de él resulten» (art. 27, 1), de la Declaración Universal de 1948. Relacionado con este derecho, se reconoce la libertad de investigación en el artículo 15, 3, del Pacto de los Derechos Económicos de 1966, y el artículo 4 de la Declaración Americana de 1948.

En España, un derecho de este tipo está reconocido en el artículo 44, 2, de la Constitución española, que establece: «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general», situado en el Título I, capítulo III, entre los principios rectores de la política social y económica; pero también y dotado de una mayor protección en base al artículo 53, 2, de la Constitución española, un derecho de tales características se halla reconocido en el artículo 20, 1, de

<sup>73</sup> Sobre el derecho a la salud, vid. ZARRALUQUI, *Procreación asistida y derechos fundamentales...*, cit., pág. 43.

<sup>74</sup> WEBER, H. R., *Experimentos con el hombre*, Santander 1973, pág. 29.

la Constitución española, que protege el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, «no cabe duda, en consecuencia, que la producción científica y técnica —como lo es la adquisición de nuevos procedimientos curativos— constituye un derecho fundamental del individuo, y que su instrumento más característico, la investigación, es merecedora de un reconocimiento y promoción especiales de rango constitucional, a la vista de su proyección social beneficiosa»<sup>75</sup>.

En cuanto a la experimentación humana, ésta puede dividirse<sup>76</sup> en:

- Experimentación no terapéutica (simple experimentación) cuando se realiza al margen de la acción directa o inmediatamente terapéutica, aunque últimamente tenga una finalidad curativa (tratando de encontrar nuevas técnicas de curación).
- Experimentación terapéutica: cuando se realiza juntamente con la acción directa e inmediatamente terapéutica. Reviste dos formas básicas:
  - a) Experimentación en la medicación.
  - b) Experimentación en la intervención quirúrgica.

Aun cuando los supuestos son diferentes, toda experimentación debe guiarse por unos criterios mínimos comunes; en este sentido, en toda experimentación, sea del tipo que sea, habrá que ponderar previamente la relación entre riesgos y beneficios, habrá que obtener el consentimiento del afectado, y en tercer lugar, habrá que tener como corolario el principio del respeto a la dignidad humana.

Al respecto, son de tener en cuenta los códigos médicos reguladores de la experimentación humana. En este sentido son de destacar las recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en seres humanos, adoptada por la XVIII Asamblea Médica Mundial (Helsinki, 1964), revisada por la XXIX Asamblea Médica Mundial (Tokio, 1975) y enmendada por la XXXV Asamblea Médica Mundial (Venecia, 1983)<sup>77</sup>, de las que extraemos algunos elementos:

1. Toda investigación biomédica en seres humanos debe ir precedida por un informe para su valoración por un comité independiente.
2. El interés del individuo ha de prevalecer sobre el interés de la ciencia y la sociedad.
3. Necesidad de información sobre los beneficios, riesgos e incomodidades que la investigación pueda ocasionar.

---

<sup>75</sup> ROMEO CASABONA, «Aspectos jurídicos de la inseminación artificial», en *Dilemas éticos de la medicina actual...*, cit., pág. 249.

<sup>76</sup> MARCIANO VIDAL, *Bioética, estudios de bioética racional*, Madrid 1989, pág. 127.

<sup>77</sup> El texto íntegro puede verse en MARCIANO VIDAL, *Boética...*, cit., págs. 131 y sigs.

4. Necesidad de consentimiento que puede ser retirado en cualquier momento de la investigación.

5. En menores o incapaces, se requiere el consentimiento del tutor legal.

En España el derecho fundamental a la creación y a la producción científica y técnica encuentra sus límites en la propia Constitución, concretamente en el número 4 del artículo 20, cuando dice: «Estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este título, en los preceptos que las leyes que lo desarrollan y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia», límite de gran importancia en el tema que estamos tratando, pues ciertas cuestiones ligadas a la procreación artificial, como aquellas que se refieren a la protección (desprotección) del patrimonio genético del individuo pueden chocar con el derecho a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 C.E.).

En cualquier caso, parece que el primer derecho a tener en cuenta por el médico o investigador que lo haga con seres humanos será el respeto a la «dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás», «en cuanto fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10, 1).

También en la carta de derechos y deberes del paciente, aprobada en 1984 por el Instituto Nacional de la Salud, se establece entre los derechos:

- El derecho del paciente al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de tipo social, económico, moral o ideológico (núm. 2).
- El paciente tiene derecho a que no se realicen en su persona investigaciones, experimentos o ensayos clínicos sin una información sobre métodos, riesgos y fines. Será imprescindible la autorización por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico de los principios básicos y normas que establece la Declaración de Helsinki (núm. 8).

Por su parte, la ley 14/1986, de 25 de abril, general de Sanidad, establece en el artículo 10: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las administraciones públicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico político o sindical. (...) 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso, será im-

prescindible la previa *autorización y por escrito del paciente* y la aceptación por parte del médico y la dirección del correspondiente centro sanitario.»

En cuanto a la ley de 22 de noviembre de 1988, sobre técnicas de reproducción asistida, la propia Exposición de Motivos, en su número 1, establece como límite a las investigaciones científicas el respeto a los derechos humanos cuando establece que: «No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y de las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse.»

El problema se va a plantear en relación a la investigación y experimentación sobre lo que la ley ha llamado preembrión y el tan mencionado y discutido límite de los catorce días y su relación con la problemática sobre el inicio de la vida, término o plazo antes del cual es lícito investigar y experimentar. En este caso tendremos que tener en cuenta que el Consejo de Europa no distingue entre «preembrión» y «embrión», incluyendo en este último término los primeros catorce días después de la fecundación.

En este sentido nos identificamos plenamente con YEDA YAGÜE cuando dice: «Si se habla de que es la persona la que constituye el centro de todos los valores, no debemos olvidar que es casualmente la dignidad de la persona, o en trance de serlo... el punto cardinal desde el cual debe otearse y dilucidarse cualquier eventual conflicto de valores, máxime cuando el propio texto constituyente considere como principios programáticos informadores, tanto la dignidad de la persona (art. 10) como el derecho a la vida (art. 15). Consiguientemente, al hablar de la persona —ser humano— como el eje y punto neurálgico de estas técnicas de reproducción humana para enjuiciar el conflicto de valores en juego, este planteamiento nos llevará, inexorablemente, al respeto al embrión, a su indudable derecho al nacimiento y, por ende, al rechazo lógico de la destrucción de los embriones al constituir éstos vida humana merecedora de tutela jurisdiccional»<sup>78</sup>.

#### 6.4. *Derecho a fundar una familia [arts. 32 y 39 de la C.E.] y derecho a procrear*

El problema se plantea porque, como la propia Exposición de Motivos de la ley, en su apartado 3 señala: «En esta ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida en nuestra nación: la gestación de sustitución y la gestación en mujer sola: , po-

---

<sup>78</sup> YEDA YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, cit., pág. 17.

sibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre partes consideradas insalvables, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger, o, finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aún en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas...».

En coherencia con estas declaraciones, la ley, en el artículo 6, cuando se refiere a las usuarias de estas técnicas, establece en su número 1: «Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar», de aquí es preciso subrayar dos circunstancias: la de que toda mujer podrá beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida y la de que la ley no exige una pareja heterosexual, como por ejemplo, exige el proyecto de recomendación del Consejo de Europa<sup>79</sup>.

Y en relación a la segunda cuestión, es decir, la gestación de sustitución, el artículo 10 de la ley establece: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero», de tal manera que la ley no prohíbe expresamente la gestación de sustitución, sino que se limita a declarar nulo el contrato por el que la madre renuncia a la filiación en favor de otra.

El problema, pues, es saber si el derecho a procrear, si es que existe, debe prevalecer sobre otras exigencias éticas o culturales que también desempeñan un papel importante en el bienestar del niño a nacer.

Pues bien, como dice la propia ley, ¿existe el derecho a procrear?

Como ha señalado MARCIANO VIDAL: «En la discusión sobre las nuevas técnicas de reproducción humana (inseminación artificial, fecundación *in vitro*) se suele utilizar como argumento a favor o en contra el “derecho al hijo”. Para unos, no existe tal derecho y, por tanto, se lo invoca falazmente cuando se trata de justificar con él el recurso a las técnicas de reproducción; en contrapartida, según esta forma de pensar, hay que hablar del “derecho a tener un padre”. Para las posturas autodenominadas “progresistas”, el derecho a procrear es un derecho ilimitado y, por tanto, es coherente pensar en tener un hijo “a toda costa”»<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> El 9 de diciembre de 1988 el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha publicado el resultado de los trabajos llevados a cabo por el C.A.H.B.I. de 1985 con el fin de establecer unos principios éticos y jurídicos comunes en relación a la procreación artificial humana, en este sentido véase P. WIDMER, «Des principes européens de bioéthiques: mirage ou espoir a né pas abandonner?», en *Procreation artificielle ou en sont l'éthique et le choix?*, BYK (ed.), París 1989, págs. 223-230.

<sup>80</sup> MARCIANO VIDAL, «¿Existe el derecho a procrear?», en *Dilemas éticos de la medicina actual* (ed. Gafo), cit., pág. 329.

Con respecto a la existencia de un derecho fundamental a tener hijos, la doctrina ha argumentado que se trataría de un derecho derivado de otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad física y a la libertad y de aquí que algunos encuentren el fundamento de este derecho no en la familia, sino en el derecho a la libre regulación de la vida privada en función de la actuación de la personalidad<sup>81</sup>.

En relación al tema, ROBERTSON, sobre la cuestión de si en Estados Unidos existía un derecho constitucionalmente protegido a la procreación, contesta afirmativamente añadiendo que si la procreación está protegida como derecho, también lo están los medios de reproducción, incluyendo entonces las técnicas de reproducción artificial<sup>82</sup>.

Entre nosotros, un derecho humano a la reproducción por medios naturales se afirma, por ejemplo, por ZARRALUQUI cuando dice: «Por lo tanto, considero que existe claramente el derecho positivo a la reproducción por medios naturales, cuyo ejercicio tiene carácter mancomunado, pues por sus propias características es un derecho que en su vertiente positiva es la traducción parcial de procrear con alguien. El derecho existe en cada uno, pero su ejercicio está condicionado a que exista otra voluntad concordante, que aporte el otro elemento necesario para que se produzca el hecho: el otro gameto»<sup>83</sup>, y añade: «En cuanto a la tendencia espiritual a una continuidad que, con independencia de la naturaleza, se traduce en la elección de receptores de esa herencia intelectual tradicional y material, creemos que su legitimidad es absoluta y que tiene la característica de un derecho negativo, esto es, a que nadie limite o prohíba, sin causa legítima, su ejercicio. Pero el costado positivo de ese derecho... debe ser calibrado profundamente para discernir si, en los supuestos en que se pretnda acudir a la asistencia científica en sustitución de la procreación natural, tal derecho existe o no, y en caso afirmativo con qué condiciones o presupuestos»<sup>84</sup>.

Nosotros creemos que un derecho a la procreación no puede plantearse en términos absolutos, pues implica una excesiva cosificación del «hijo», una «marcada concepción patrimonialista que se traduciría en el consiguiente derecho a tener un hijo que ni siquiera deriva del propio vínculo matrimonial»<sup>85</sup>, siendo así que del vínculo matrimonial y desde una visión

---

<sup>81</sup> ROCA TRÍA, E., *La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Congreso Mundial Vasco, Congreso de filiación, 28 de septiembre-2 octubre de 1987, especialmente pág. 12.

<sup>82</sup> ROBERTSON, «Procreative liberty, embryos, and collaborative reproduction», U.K.N.C.L. Colloquium, 15-17 September 1987, Girtum College, Cambridge, es., pág. 2, citado por YEDA YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, cit., pág. 18, nota 4. Para un examen de la jurisprudencia americana sobre el tema, vid. P. SILVA RUIZ, *Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización «in vitro» y maternidad subrogada en EE.UU.)*, Congreso Mundial Vasco, Congreso de filiación, Vitoria 1987, esp. página 15.

<sup>83</sup> ZARRALUQUI, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, cit., pág. 72.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> YEDA YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, cit., pág. 19.

ético-religiosa, sólo se derivaría el derecho a realizar los actos naturales que de suyo son aptos para la generación, es decir, la facultad procreativa pero encauzada dentro de otro derecho<sup>86</sup>.

Desde otro punto de vista no se puede hablar de un verdadero derecho humano a la procreación, ya que éste es algo que no depende directamente de la identidad o libertad del hombre, ya que es algo fuertemente condicionado y sometido a procesos de la naturaleza; por ello, como afirma VIDAL: «En la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (“derecho a procrear”); lo que sí cabe dentro de la categoría de “derecho humano” es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa (“derecho a fundar una familia”）」<sup>87</sup>.

Desde el punto de vista internacional, en las declaraciones o formulaciones de derechos humanos no se encuentra recogido de manera expresa el derecho a procrear, si de manera implícita, si se entiende que entra dentro del derecho a fundar una familia, pero ello lleva a plantearse la delicada cuestión de aquello que deba entenderse por «familia».

Veamos, pues, lo que recogen las distintas declaraciones:

Por lo que a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 se refiere, en el artículo 16, 1, se establece que: los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio». Y en el artículo 16, 3, se recoge de manera implícita el hecho de la procreación cuando habla del «derecho a fundar una familia» y al «derecho de la familia a la protección de la sociedad y del Estado».

En la *Declaración de los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1959, no hay alusión explícita al pretendido derecho a la procreación. Entre sus principios, no obstante, hay que destacar: el principio 2, donde se establece, en relación con las leyes que traten del niño: «la consideración fundamental a que se atenderá será siempre el interés superior del niño». Y el principio 6 dice que «siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere al tema en el artículo 23, y en su apartado 2 establece: «Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.»

---

<sup>86</sup> Cfr. SANTOSUOSSO, F., *La fecondazione artificiale umana*, Milano 1984, pág. 230. Con este planteamiento el autor señala que fuera del matrimonio se puede encontrar una libertad sexual, pero no un propio derecho a la procreación que pudiera hacerse valer frente a otros sujetos. En contra, citado por SANTOSUOSSO, LAJACANO, «Inseminazione artificiale», en *Enciclopedia del Diritto*, 1971, pág. 757.

<sup>87</sup> MARCIANO VIDAL, «¿Existe el derecho a procrear?», en *Dilemas éticos de la medicina actual*, cit., págs. 332-333.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habla también de los derechos de la familia sin aludir a la procreación.

También el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 recoge el derecho a fundar una familia, y la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (en vigor el 26 de febrero de 1965) recoge «el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica», sin aludir para nada a la procreación.

Desde el punto de vista de la Iglesia católica, la encíclica *Pacem in Terris*, de 11 de abril de 1963, trata del tema de los derechos familiares en los números 15 a 17, sin aludir para nada a la procreación.

No ocurre lo mismo con la Carta de los Derechos de la Familia, de 22 de octubre de 1983, que se refiere explícita y directamente a la función procreativa, pero ligada al vínculo matrimonial<sup>88</sup>. Pero, sobre todo, es la Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, la de que una manera más clara y directa se refiere a este hecho. Por su importancia transcribimos algunos pasajes de la misma.

Así, se señala que «la procreación humana presupone la colaboración responsable de los esposos con el amor fecundo de Dios; el don de la vida debe realizarse en el matrimonio o mediante los actos específicos y exclusivos de los esposos de acuerdo con las leyes inscritas en sus personas y en su unión»<sup>89</sup>. «El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio; sólo a través de la referencia conocida y segura de sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana<sup>90</sup>, y en cuanto a un pretendido derecho a procrear, la Instrucción es clara al respecto: «Sin embargo, el matrimonio no confiere a los cónyuge el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación. Un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como objeto de propiedad: es más bien un don, «el más grande» y el más gratuito del matrimonio y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres»<sup>91</sup>.

En relación al Ordenamiento Jurídico español, se dedican al tema del matrimonio y de a familia los artículos 32 y 39 de la Constitución española; el artículo 32, 1, establece: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», y el artículo 39 dispone: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.» «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia

---

<sup>88</sup> Cfr. «*Populorum Progressio*», n. 37; «*Gaudium et Spes*», nn. 50 y 87; «*Humanae Vitae*», n.1; «*Familiaris Consortio*», nn. 30 y 46.

<sup>89</sup> Instrucción «*Domum Vitae*», núm. 5.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*, núm. 8.

de su filiación, y de la madre, cualquiera que sea su estado civil, la ley posibilitará la investigación de la paternidad.» «Los poderes deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.» «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

El tema de un pretendido derecho a la procreación está íntimamente ligado a aquello que entendamos por «familia», pues es evidente que un concepto amplio de aquella que incluyera a cualquier persona, hombre o mujer, y su posible descendencia, sea por los medios que sea, supondría un criterio útil para afirmar la existencia no sólo del derecho a procrear, sino también del derecho a utilizar los medios existentes (naturales o artificiales) a tal fin, sin necesidad de tener que constituir una pareja heterosexual<sup>92</sup>, requisito que no exige nuestra ley, como veremos.

En este sentido nos identificamos plenamente con las palabras de YEDA YAGÜE, que, frente a un pretendido derecho a procrear, afirma que: «considerando que es un derecho indeclinable y fundamental el que tiene el hijo, o *nasciturus*, de tener potencialmente un padre y una madre, mal se contrarrestaría este principio si prevaleciera en esta jerarquía de valores el derecho de toda mujer a ser madre, sin que estuviera condicionado a que paralelamente exista un padre o pueda haberlo»<sup>93</sup>.

Por ello, el problema se centra en determinar qué se entiende por familia. En segundo lugar, si ese concepto es un concepto institucional (matrimonio), y, por último, si, dentro del concepto, entrarían también los supuestos en donde existiera sólo uno de los miembros de los dos que son necesarios para la procreación.

Aunque el tema de la familia protegida en el artículo 39 de la Constitución es un tema nada pacífico en nuestro Ordenamiento Jurídico<sup>94</sup>, URIBALDI señala que «es predominantemente la teoría de que la familia que se define en dicho artículo es la matrimonial... Esta no quiere decir que las parejas estables o cualquier otro tipo de uniones no tengan efectos jurídicos, pero no gozan de la protección de la familia que el citado

---

<sup>92</sup> La necesidad de utilización de las técnicas de procreación artificial en una pareja se señala en el principio 2 del Proyecto de Recomendación sobre técnicas de procreación artificial del Consejo de Europa de 17 de octubre de 1984, en MARCIANO VIDAL, *Bioética*, cit., pág. 219.

<sup>93</sup> YEDA YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, cit., pág. 95. Al respecto GAFO concluye que: «en toda esta temática no solamente debería estar en primer plano el derecho de la mujer o de la pareja a tener una descendencia propia o cuasi propia, a través de las nuevas tecnologías, sino que algo que debería estar muy en primer plano es el bien del hijo... Por otro lado, se ha argumentado por la más moderna psicología y pedagogía con carácter unánime el necesario concurso de la pareja (padre-madre, masculino-femenino) en la educación de los hijos», en *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1985, II Legislatura, núm. 385, Comisión especial para la fecundación *in vitro*, Sesión de 28-12-1985, págs. 11678 y 11679.

<sup>94</sup> Un examen de las distintas posturas doctrinales puede verse en la tantas veces citada obra de YEDA YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, págs. 94 y sigs.

artículo 39 da a la familia matrimonial. En cuanto al artículo 39, números 1 y 2, se trae siempre a colación en la discusión por la palabra «asimismo», la interpretación correcta es la siguiente: al decir «así mismo» se está poniendo de manifiesto la separación de los números 1 y 2 del artículo 39. Por tanto, esta separación no es fortuita, está buscada a propósito porque regulan realidades totalmente distintas aunque se equiparen los efectos... la equiparación entre la protección a la familia y la protección a la filiación o madre soltera, no es una equiparación de modo de constituirse la familia... La Constitución protege a la madre soltera, pero no a la soltera para que sea madre»<sup>95</sup>.

Sin embargo, nuestra ley es clara y demasiado permisiva al respecto. En este sentido, la Exposición de Motivos señala que: «No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y espontáneamente»<sup>96</sup>, y, congruente con esta declaración, el artículo 6 de la ley establece que: «toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente y expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años, al menos, y plena capacidad de obrar».

Llegados a este punto, la polémica se centra en la colisión de derechos: el del hijo a integrarse en una relación familiar con padre y madre (artículo 39, 3 de la C.E.) y el interés (que no derecho) de la mujer a su maternidad.

En cualquier caso, pese a que a ley española siga un criterio excesivamente amplio en este tema, no debe desprenderse de ello la existencia de un pretendido derecho a procrear. Ni las declaraciones internacionales de ámbito universal, ni europeo, ni desde el punto de vista de la Iglesia Católica, existe tal derecho. «Por razón del bien del hijo es necesario postular como exigencia ética el ámbito del matrimonio como lugar adecuado de la procreación. No se puede afirmar que cualquier individuo en cualquier estado (celibato, soltería, viudez) tiene derecho a la procreación. Y ello por dos razones: por la unión indisoluble entre donación conyugal y transmisión de la vida humana y por el bien del hijo cuya realización plena acaece en la familia»<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> URIBARRI MURILLO, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 285 (17-5-1988).

<sup>96</sup> Hay que advertir que el principio de igualdad no supone identidad como ha señalado el T.C. en varias sentencias al respecto. Vid. S.T.C. de 21 de diciembre de 1982: «el artículo 14 no impide la existencia de disciplinas diferentes y para enjuiciar la diferencia debe partirse del carácter razonable y teleológicamente fundado del factor a través del cual la diferenciación se introduzca».

<sup>97</sup> MARCIANO VIDAL, «¿Existe el derecho a procrear?», en *Dilemas éticos de la medicina actual...*, cit., pág. 337.

### 6.5. *Libertad religiosa y objeción de conciencia por parte del personal técnico*

El supuesto de hecho consiste en la negativa del médico a realizar ciertas prácticas relacionadas con las técnicas de reproducción asistida, y la pregunta es si tal negativa corresponde a un derecho a ejercer por el médico o personal auxiliar, y si tal derecho estaría amparado en nuestra Constitución, ya que la ley sobre técnicas de reproducción asistida no prevé nada en este sentido.

Es evidente que lo que está en juego es el derecho de libertad del personal en cuestión y concretamente el derecho de libertad religiosa o de conciencia y, por su conexión, la libertad ideológica o de pensamiento.

Como ha señalado HERVADA: «las libertades de pensamiento, de religión y conciencia constituyen el núcleo fundamental de la libertad cívica, en lo que atañe al desarrollo del mundo del espíritu propio de la persona humana. Tres libertades enunciadas en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que históricamente constituyen las primeras reivindicaciones modernas de los derechos humanos, después de los traumas y heridas producidas por las guerras de religión, y también —en gran manera— como consecuencia del nacimiento del pensamiento liberal»<sup>98</sup>. Se trata de los derechos que más enraizados están con la dignidad del hombre, con su naturaleza de ser racional, y «es evidente —escribe VILLADRICH— que, desde el ángulo esencial, los derechos fundamentales más importantes son los que expresan las realidades más dignas, más exclusivas o específicas, las que definen al ser «humano como persona. Y éstas son aquellas que reflejan su naturaleza de ser racional: aquel ámbito en el que la unidad e irrepetibilidad de cada persona humana, a través de sus facultades supremas —la inteligencia y la voluntad—, se descubre a sí misma y se realiza como mismidad digna y dueña de sí. En ese ámbito de la personalidad y singular racionalidad, en ese ámbito de la propia e inalienable conciencia, el hombre posee el libre albedrío y el señorío sobre sí mismo. Y en ese ámbito, donde el hombre ejerce los actos más específicamente personales y los proyecta con su conducta al mundo de los demás y de la sociedad, allí es donde puede sufrir las más importantes y radicales vejaciones, puesto que es ahí donde se actúa la esencia misma del ser personal»<sup>99</sup>.

La libertad religiosa, ideológica y de conciencia se halla recogida en los textos internacionales de Derechos Humanos, que tienen, como sabemos, un valor interpretativo de nuestro Derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 10, 2, de la C.E.

---

<sup>98</sup> HERVADA, J., «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, 11, 1984, pág. 20.

<sup>99</sup> VILLADRICH, P. J., «Principios informadores del Derecho eclesiástico español», en AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona 1983, págs. 203 y sigs.

Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se refiere expresamente en el artículo 18 al derecho a la libertad religiosa y más en particular al derecho de cualquier individuo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, precisando que este derecho implica la libertad de cambiar de religión o convicción y la libertad de manifestar la religión sólo o asociado con otros, en público o privado, mediante la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Por otro lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos repite casi exactamente, en el primer apartado del artículo 18, el texto del artículo 18 de la Declaración Universal. La libertad religiosa aparece regulada en los términos del derecho a una libertad que los Estados deben respetar, lo que supone una obligación negativa de los Estados de abstenerse de interferir con la libertad de los individuos que se encuentran sobre el territorio, ciudadanos o no, de profesar una religión o no profesar ninguna, y también una obligación del Estado de garantizar el disfrute del derecho a la libertad religiosa. En este sentido, es de destacar el artículo 2 del Pacto, que establece que los Estados se comprometan a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en el territorio los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción de raza, color, sexo, religión, etc.

Se distingue, por tanto, entre respeto o no injerencia por parte del Estado de los derechos garantizados y creación de las condiciones necesarias para el disfrute de esos derechos, distinción confirmada en una posterior declaración de la Asamblea General de 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/1955) sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas sobre la religión u opinión del individuo. Así, el artículo 2 prevé expresamente una obligación del Estado de garantizar no sólo la ausencia de discriminación en los comportamientos del Estado mismo, sino también la ausencia de discriminaciones por parte de instituciones, grupos o individuos.

En el ámbito regional europeo, en el ámbito del Consejo de Europa, la libertad de pensamiento, conciencia y religión aparece garantizado en el artículo 9 del Consejo Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950.

En España, la Constitución Española de 1978 reconoce en el artículo 16 la libertad de pensamiento (o ideológica), e incluye, aunque no de manera expresa, la libertad de conciencia, que está enunciada en el artículo 30, 2, de la Constitución Española al reconocer la objeción de conciencia al servicio militar y el artículo 20 al recoger la cláusula de conciencia para los profesionales de la información, precepto este último que incluye, entre los bienes protegidos, los «pensamientos, ideas y opiniones».

Centrados en la objeción de conciencia, los problemas que se plantean es si la misma constituye o no un derecho fundamental derivado del derecho de libertad religiosa e ideológica. Y, en segundo lugar, cuáles serían los supuestos que quedarían amparados por ese derecho en España, tenien-

do en cuenta que, de modo expreso, la Constitución reconoce sólo la referente al servicio militar obligatorio en el artículo 30, 2, de la Constitución Española.

### 6.5.1. *La objeción de conciencia. Regulación jurídica*

La objeción de conciencia aparece como una de las distintas manifestaciones de la libertad de conciencia, libertad de conciencia que, como hemos visto, se encuentra amparada en los textos de derechos humanos, entrando de lleno en el ámbito tutelado por el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, como señala la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 25 de enero de 1967, cuando, entre los principios de base, señala: «En los Estados democráticos, fundados sobre el principio de la preeminencia del derecho, se debe considerar que el derecho citado en el número anterior deriva, lógicamente, de los derechos fundamentales del individuo, garantizados por el artículo 9 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre»<sup>100</sup>.

En cuanto al concepto, se puede definir la objeción de conciencia como la actitud de aquel que se niega a obedecer un mandato de la autoridad, un imperativo jurídico, invocando la existencia, en el seno de su conciencia, de un dictamen que le impide realizar el comportamiento prescrito<sup>101</sup>.

La objeción de conciencia plantea el problema de la contraposición entre individuo y sociedad que nace de la falta de aceptación de los valores reconocidos en la ley del Ordenamiento Jurídico de un Estado determinado.

Se trata de un hecho social que no abarca sólo la negación a la realización del servicio militar, sino que comprende otros casos, como pueden ser la negativa de aceptar particulares curas médicas o transfusiones, de procurar el aborto, prestar juramento, pagar impuestos, etc.<sup>102</sup>.

Sustancialmente, aparece como un comportamiento de abstención, en el cual la reivindicación del objeto se sustancia en la pretensión de no colaborar o de no hacer en aquellas cosas en que el Estado impondría actuar activamente en cuanto miembros de la sociedad<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. artículo 18 de la Declaración de la O.N.U.; artículo 9 de la Convención de 1950; artículo 83, C. II y 18 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965; Resolución de 26-1-1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, núm. 337; Resolución del Parlamento Europeo de 17 de febrero de 1983 (Doc. 68/14 de 14-3-1983). Recomendación núm. 87 del Comité de Miembros del Consejo de Europa de 9 de abril de 1987; Resolución del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1989.

<sup>101</sup> VENDITI, R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffré, Milano 1981, 3.

<sup>102</sup> Cfr. VANNICELLI, L., *L'obiezione di coscienza degli operatori sanitari*, Modena 1985, página 35.

<sup>103</sup> Cfr. ONIDA, F., «Contributo a un inquadramento del fenomeno delle obiezione di coscienza (alla luce della giurisprudenza Statunitense)», en *Diritto ecclesiastico*, 1982, I, página 222.

Reconocer la objeción de conciencia supone proteger la libertad de conciencia, y, en contra, no se podría alegar, para no reconocer este derecho, el que la mayoría de los ciudadanos no lo practica, pues «erigir la deliberación colectiva en norma suprema del justo no significa solamente hacer depender la moralidad de un criterio esencialmente relativo y variable, significa sacrificar el valor del individuo a la colectividad, allanar la vía del Estado totalitario»<sup>104</sup>. Así, como señala REINA: «De esta forma, la objeción de conciencia no se limita a producir una relajación hipotética de la normativa vigente en aras del respeto al hombre en su individualidad más radicalmente humana, sino que también, e incluso prioritariamente, produce un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza el Derecho, obliga al Estado a no imponer su ideología, respete no ya a las mayorías, sino al hombre individual, atrae otras axiologías distintas a la dominante para trascender de lo formalmente legítimo a lo materialmente justo»<sup>105</sup>. De lo que se trata es de que las leyes tengan un contenido que los ciudadanos puedan observarlas sin verse por ello obligados a contravenir sus convencimientos y principios personales<sup>106</sup>.

Por lo que al Ordenamiento Jurídico español se refiere, el artículo 30 de nuestra Constitución (Sección II, capítulo II, Título I) señala en el apartado II:

«La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.»

Por otro lado, el artículo 53 de la Constitución, sobre «las garantías de las libertades y derechos fundamentales», se inicia declarando que los derechos y libertades reconocidas en su capítulo II vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, las cuales se tutelarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16, 1, a), y añade en el número 2 que:

«Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos reconocidos en el artículo 14, sección 1, del capítulo II, ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios

---

<sup>104</sup> PASSERIM D'ENTREVES, A., *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizione di Comunità, Milano 1970, pág. 226, cit. por AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español», en *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 1985, pág. 22, nota 66.

<sup>105</sup> REINA, A., y REINA, V., «Lecciones de Derecho Eclesiástico español», en P.P.V., Barcelona 1983, págs. 377-378.

<sup>106</sup> BELLINI, «Libertà del vomo e fattore religioso nei sistema ideologici contemporanei», en *Teoria e prassi delle libertà di religione* (obra colectiva), Bologna 1975, pág. 134.

de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.»

En cuanto a la normativa de desarrollo, aunque existen otras disposiciones, hay que partir, para la regulación jurídica de la objeción de conciencia, de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria y la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se previene el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el artículo 45 de la L.O.T.C., de 3 de octubre de 1979 <sup>107</sup>.

El tema ha sido objeto de tratamiento por parte del Tribunal Constitucional y a su doctrina tendremos que acudir para ver si la objeción de conciencia es un derecho y a qué supuestos se extiende, puesto que, como dijimos al principio, la ley sobre técnicas de reproducción asistida no prevé nada al respecto.

#### 6.5.2 *Tratamiento constitucional de la objeción de conciencia. ¿Es un derecho?*

Son algunas, las sentencias que hasta la fecha el Tribunal Constitucional ha dictado sobre esta materia. Sin embargo, por su máxima conexión con el tema de si la objeción de conciencia constituye o no un derecho fundamental, sólo destacamos al respecto dos de ellas: la sentencia número 15, de 23 de abril <sup>108</sup>, y la sentencia número 53, de 11 de abril de 1985 <sup>109</sup>.

Del examen de estas dos sentencias se deduce que, en nuestro ordenamiento jurídico, la objeción de conciencia constituye una manifestación de la libertad ideológica, recogida en el artículo 16 de nuestra Constitución, habiendo declarado el Tribunal Constitucional, en la primera de las sentencias que hemos citado, lo siguiente:

«... tanto la doctrina como el Derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. En la Ley Funda-

---

<sup>107</sup> Entre otras disposiciones, vid. R.D. 551/1985, de 24 de abril, que aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de conciencia y el procedimiento para el reconocimiento de objetor y R.D. de 15 de enero de 1988 sobre prestación social sustitutoria...

<sup>108</sup> Sala Primera. Recurso de amparo núm. 205/1981. Ponente, doña Gloria Bequé Cantón (B.O.E. de 18 de mayo).

<sup>109</sup> Suplemento al B.O.E. núm. 119, de 18-5-1985.

mental de Bonn, el derecho a la objeción de conciencia se reconoce en el mismo artículo que la libertad de conciencia, y asimismo en la Resolución 337, de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, se afirma de manera expresa que el reconocimiento de la objeción de conciencia deriva, lógicamente, de los derechos fundamentales del individuo, garantizados en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión.

Y puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30, 2, emplee la expresión “la ley regulará”, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia...»

A su vez, la sentencia de 11 de abril de 1985, sobre el recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, ha manifestado, en el fundamento jurídico 14, que:

«No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16, 1, de la Constitución, y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales.»

Ello es así, pues la libertad religiosa como tal, como derecho de la persona, no aparece configurada en nuestro Ordenamiento Jurídico como un simple derecho negativo, consistente en la inmunidad de coacción, sino que aparece configurado también como un derecho positivo al permitir que los comportamientos personales se adecuen a las propias convicciones, es decir, a los principios y valores superiores que creen deben inspirar sus actuaciones. En este sentido, es especialmente significativo el preámbulo de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria al delimitar el contenido de este derecho en los siguientes términos: «El reconocimiento constitucional

de la libertad ideológica, religiosa y de culto, implica más allá de la protección del derecho de las personas a sustentar la ideología o religión que libremente elijan, la consagración a que los comportamientos personales se ajusten, en cuanto no lesionen ningún bien social, a las propias convicciones.»

En lo que respecta al caso concreto sobre las técnicas de reproducción asistida, el supuesto es similar al del aborto, lo que está en juego es la vida humana, o el derecho fundamental a la existencia desde el momento de la fecundación, ya que «la vida del *nasciturus*... es un bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Constitución»<sup>110</sup>; por ello, la regulación que se haga de la objeción de conciencia al aborto deberá extenderse también a los supuestos en que una persona se niegue a realizar cualquier práctica relacionada con la reproducción artificial. Al respecto, es necesario examinar lo dispuesto en los Textos Internacionales sobre la materia, así como en los códigos de deontología médica, para pasar después al examen de Derecho comparado y Derecho español.

### 6.5.3. *Tutela internacional de la objeción de conciencia sanitaria*

Este tipo de objeción tiene por objeto una colaboración del médico, o de otra persona adscrita a funciones sanitarias, a un determinado procedimiento (transplantes de órganos, aborto, procreación artificial, etc.). Se verifica el hecho cuando un médico (u otra persona) se niega, por motivos de conciencia, a adherirse a la demanda de un paciente que le exija una intervención o práctica que él no admite. La negativa puede nacer de una concepción de la vida humana, el respeto a la ley moral, a la justicia social, a la propia profesión, etc., aunque en la mayoría de los casos nace motivada por convicciones de orden religioso.

El Derecho Internacional no ha desarrollado mucho este aspecto; sin embargo, existen algunos textos que prevén tal supuesto. Así:

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en una Recomendación de 1976 (núm. 779), sobre derechos de los enfermos y moribundos, subraya, en el número 9 del preámbulo, que:

«Los médicos deben actuar conforme a la ciencia y experiencia médica admitida, y que ningún médico u otro miembro de la profesión médica podrá ser obligado a *actuar contra su conciencia* en relación con el derecho del enfermo a no sufrir inútilmente.»

La Organización Internacional del Trabajo aprobó en 1977 una Recomendación (núm. 157) sobre las condiciones de trabajo del personal de enfermería, afirmado en el artículo 18, que:

<sup>110</sup> Sentencia de 11 de abril de 1985, fundamento jurídico núm. 7.

«Los miembros del personal de enfermería deben poder ser exonerados de cumplir ciertas funciones que estuviesen en contradicción con sus convicciones religiosas, morales o éticas, informando en tiempo útil a su superior jerárquico acerca de su objeción, a fin de que puedan tomarse todas las medidas sustitutivas necesarias para que no falte al paciente la atención y cura necesarias.»

Otro texto que se puede citar en este sentido lo constituye la declaración de Oslo de la Asociación Médica Mundial, de 1970, acerca del aborto terapéutico:

«Si un médico, a causa de sus convicciones, juzga que le es imposible aconsejar o practicar un aborto (terapéutico), puede negarse a hacerlo.»

La misma Asociación Médica Mundial ha aprobado en 1949 y revisado en 1968, y después, en 1983, un Código Internacional de Ética Médica, en donde se prevé que un médico está obligado a prestar la asistencia en casos urgentes, a menos que no esté seguro de que otros pueden y son capaces de hacerlo, de donde se deduce que podrá negarse a intervenir por motivos de conciencia, al menos, en los casos «no urgentes».

Por otro lado, los representantes de doce países de la Comunidad Económica Europea, en una Guía Europea de Ética Médica, elaborada después de dos años de discusiones y presentada el 16 de enero de 1987, afirma, en el artículo 18, que:

«Es conforme a la ética que un médico, por motivos de conciencia, puede negarse a intervenir en el proceso de reproducción humana o en el caso de interrupción de embarazo o aborto...»

La misma Asociación Médica Mundial, antes mencionada, ha vuelto sobre el tema en su 39 Asamblea, tenida en Madrid, en octubre de 1987, con dos textos sobre fecundación *in vitro* y consejo genético. Sobre el tema de la fecundación *in vitro* señala que: «el médico puede negarse a tomar parte en una intervención que considera inaceptable en conciencia», y sobre el segundo aspecto ha señalado que: «el médico que considera que la contracepción, la esterilización y el aborto van contra sus valores morales y su conciencia, puede decidir no tomar parte en estos métodos...»<sup>111</sup>.

Recientemente, en un proyecto de resolución sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*, de la Comisión Jurídica y de Derechos de los Ciudadanos, el Parlamento Europeo establece en el número 10, entre las reglas que deben presidir la procreación artificial, la posibilidad para el

---

<sup>111</sup> Todos estos textos pueden verse en BRESSAM, L., *Libertà religiosa nel diritto internazionale*, Padova 1989.

personal sanitario de hacer valer la objeción de conciencia, cuestión que se repite en el número 16 de la Exposición de Motivos <sup>112</sup>.

El tema, como hemos dicho antes, presenta bastante similitud con la problemática del aborto, pues, como hemos defendido más arriba, se trata de intervenciones o prácticas que tienen por objeto la manipulación de la vida humana, y, en algunos casos, su destrucción, como es el caso de la fecundación *in vitro*. Por ello, en defecto de regulación, habrá de acudirse analógicamente a lo dispuesto en tema de objeción de conciencia al aborto.

En relación al aborto, la objeción de conciencia por parte del personal médico sanitario está reconocida en las distintas legislaciones estatales.

Así, en Estados Unidos, 44 Estados han establecido cláusulas de objeción de conciencia en materia de aborto, extendiéndose en muchos Estados la protección dispensada también a los objetores que se oponen a otros procedimientos médicos. Así, Maryland, que ampara también la objeción de conciencia a la esterilización e inseminación artificial; Illinois, que la extiende a la objeción de conciencia a recibir prestaciones de ciertos servicios médicos, o el de Wyoming, que incluye la eutanasia <sup>113</sup>.

En Francia, el tema de la interrupción voluntaria del embarazo se recoge en la Ley número 75-17, de 17 de enero de 1975 <sup>114</sup>, modificada por Ley número 79-1.204, de 31 de diciembre de 1979 <sup>115</sup>, que modifica el artículo L. 162-8 del Código de Salud Pública, al establecer que «ningún médico podrá ser obligado a practicar una interrupción voluntaria del embarazo, pero debe informar, lo más pronto posible, a la interesada de su posición negativa.»

En la República Federal Alemana, el artículo 2 de la Ley de Reforma de Derecho Penal, de 18 de junio de 1974, modificada el 18 de mayo de 1976, afirma que nadie puede ser obligado a cooperar en una interrupción del embarazo, salvo que su colaboración sea necesaria para salvar a la mujer de un peligro de muerte o de grave daño para su salud <sup>116</sup>.

También en Italia se regula el tema en la Ley número 194, de 22 de mayo de 1978, concretamente en el artículo 9, 1, cuando dice: «El personal sanitario y el que ejerce las actividades auxiliares no vendrá obligado a tomar parte en el procedimiento a que se refieren los artículos 6 y 7, ni a las intervenciones para la interrupción del embarazo cuando planteen

---

<sup>112</sup> Communautés Européennes. Parlamento Européen. Documents de science, 1988-99, 30 Janer 1989, Serie A, document A2-0372/88, Rapport fait au nom de la Commission juridique et des droits, des citoyens sur la fecondation artificielle *in vivo* et *in vitro*.

<sup>113</sup> Cfr. DURHAN, WOOD y CONDIE, «Accommodation of conscientious objection to abortion: A case study of the Nursing Profession», en *Brighan Young University law Review*, 1982 págs. 306 y sigs, cit. por NAVARRO VALLS, «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», en *A.D.E.E.*, II, 1986, pág. 276, nota 50.

<sup>114</sup> *Journal officiel de la Republique Française* de 18-1-1975, págs. 739-741.

<sup>115</sup> *Journal officiel de la Republique Française* de 1-1-1980, págs. 3-5.

<sup>116</sup> Cfr. NAVARRO VALLS, «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», en *A.D.E.E.*, cit., pág. 289.

objección de conciencia con declaración preventiva»<sup>117</sup>. En España, la regulación sobre el aborto se contiene en la Ley de 5 de julio de 1985 (B.O.E. de 12 de julio), aunque la primera ley sobre interrupción del embarazo es el Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya de 25 de diciembre de 1936. En cualquier caso, la normativa vigente no contiene alusión alguna, al menos de manera expresa, al tema de la objeción de conciencia, aun cuando una válvula de escape a esa importante omisión legal es la que parece contenerse en la disposición final primera de la Orden Ministerial de 31 de julio de 1985, sobre práctica del aborto en centros o establecimientos sanitarios<sup>118</sup>, y en el artículo 9, 2, del Real Decreto 2.409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados, y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>119</sup>, al decir: «La no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda, con el tiempo suficiente, acudir a otro facultativo.»

Por otro lado, la objeción de conciencia encuentra su fundamento en el Código de Deontología Médica, redactado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos y de España, aprobado en el año 1990. El artículo 27, 1, dice: «Es conforme a la Deontología que el Médico, por razón de sus convicciones éticas o científicas, se abstenga de intervenir en la práctica del aborto o en cuestiones de reproducción humana o de transplante de órganos...»

Pues bien, partiendo de la similitud de los supuestos, ya que el objeto sobre el que puede recaer la objeción de conciencia es la vida humana, independientemente del estadio o fase de desarrollo en que se encuentre, la objeción de conciencia a las prácticas de inseminación artificial deberá tener las mismas características que la que se refiere a la práctica del aborto<sup>120</sup>.

En este sentido, en relación a las personas que pueden hacer valer el derecho a la objeción de conciencia, hay que incluir al personal médico o paramédico y auxiliar, y también a todas aquellas personas jurídicas o instituciones hospitalarias que así lo estimen.

---

<sup>117</sup> Sobre el tema, vid. VANNICELLI, *L'obiezione di coscienza degli operatori sanitari*, Modena 1985. También NAVARRO VALLS, «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», cit., págs. 257 y sigs., esp., 290-293; IDEM, «Objeción de conciencia al aborto en Derecho europeo», en *Dimensiones jurídicas del factor religioso, Estudios en homenaje al profesor L. Alarcón*, Murcia, 1987, págs. 399-407.

<sup>118</sup> B.O.E. de 2 de agosto de 1985.

<sup>119</sup> B.O.E. de 24 de noviembre de 1986. Un comentario al mismo puede verse en DÍEZ PINTADO, «Los centros acreditados para la práctica legal del aborto. Texto legal y comentario», en *R.E.D.C.*, 44 (1987), págs. 591-608.

<sup>120</sup> Sobre los extremos que debería tener en cuenta una futura regulación de la objeción de conciencia al aborto en España vid. NAVARRO VALLS, «Objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», en *A.D.E.S.*, II, 1986, cit., pág. 309.

En cuanto a las actividades susceptibles de objeción, habrá que incluir todas las posibles: fecundación artificial homóloga o, dentro del matrimonio (o pareja estable), fecundación artificial heteróloga (con donante), fecundación *in vitro*, fecundación a mujer sola, gestación de sustitución, investigación y experimentación del embrión. La objeción de conciencia podrá ser total en el sentido de que abarque a todos los supuestos mencionados, o parcial para abarcar uno o varios de aquellos supuestos. La objeción de conciencia podrá ser planteada en cualquier momento, no sometida a plazo y caso por caso, pues la conciencia de la persona es algo dinámico que rebasa cualquier límite temporal; en este sentido, «el rasgo fundamental de la conciencia reside en que aparece en la acción singular y concreta. No consiste en enunciados generales, sino en el juicio del deber respecto de la conducta concreta que el sujeto está en trance de realizar (conciencia antecedente), está realizando (conciencia concomitante) o ha realizado (conciencia consiguiente, que se manifiesta en satisfacción o remordimiento)... La cuestión de conciencia surge... en el momento en el que a una persona se le ofrece la posibilidad de hacer u omitir algo, en conformidad o disconformidad con el código moral aceptado»<sup>121</sup>.

En cualquier caso, un punto importante a examinar será la de las consecuencias jurídicas que la negativa de una persona a tales prácticas pueden acarrear en el seno de la relación de trabajo, puesto que el supuesto no está expresamente previsto en nuestra legislación.

#### 6.5.4. *Objeción de conciencia y relación de trabajo*

El problema principal que en materia laboral se puede producir es el relativo al posible choque o conflicto entre el deber de obediencia y las convicciones morales o religiosas de los trabajadores, y, en concreto, la clase médica. ¿Puede un médico o A.T.S. negarse a la realización de alguna práctica de reproducción artificial sin sufrir ningún tipo de sanción? Una cuestión previa que hay que tener en cuenta es que ni de la ley de técnicas de reproducción asistida ni de la Constitución, ni de los Textos Internacionales se infiere, como hemos visto, un derecho a procrear, por lo que el conflicto que se puede producir por la negativa a la realización de las prácticas de inseminación no nos pone sobre el tapete la contraposición entre el derecho a procrear y el derecho a la libertad religiosa o ideológica del personal médico o paramédico, sino este último derecho, en relación a las órdenes empresariales, y la posible licitud de la desobediencia a esas órdenes cuando se trata de preservar un bien jurídico superior como es la libertad de la persona y, por ende, su propia dignidad, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11

---

<sup>121</sup> HERVADA, J., «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, 11, 1984, cit., pág. 42.

de abril, en su fundamento jurídico 8, la Constitución, «junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta... ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el buen desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18, 1).

Así, pues, frente a lo dispuesto en el artículo 20, 1, del Estatuto de los Trabajadores, que establece que el «trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido», se alza la dignidad de la persona, también reconocido en el ámbito de las relaciones laborales.

Así, el artículo 4, 2, e), del E.T. establece que: «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... al respeto debido a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad».

Este principio se concreta más tarde en otros preceptos del Estatuto:

Así, el artículo 18, al regular la inviolabilidad de la persona del trabajador, limita la posibilidad de registros, y establece que «en su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador».

El artículo 20, al regular la dirección y control de la actividad laboral, confiere al empresario el derecho de adoptar las medidas que considere oportunas, «guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana».

También, el artículo 50, 1, al regular la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, incluye, entre las causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción, «las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo... en menoscabo de su dignidad».

En relación a la objeción de conciencia, que, como hemos visto, forma parte de la libertad ideológica, religiosa y de culto del artículo 16, 1, de la Constitución Española, la Constitución sólo reconoce de manera expresa la que se refiere a las obligaciones militares (30, 2, de la C.E., desarrollado por L.O. 48/1984, de 16 de diciembre), pero ésto no significa que no pueda extenderse a otros campos.

Así, en diversas ocasiones, como hemos tenido oportunidad de señalar, el Tribunal Constitucional (sentencias de 23 de abril de 1982, 7 de marzo y 11 de abril de 1975) ha declarado que el derecho a la objeción de conciencia, en cuanto especificación de la libertad de conciencia, forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica, reconocido en el artículo 16, 1, de la C.E., y supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a ella, siendo ejercitable de manera directa e inmediata sin necesidad de que exista una ley de desarrollo, pues en materia de derechos fundamentales la Constitución es directamente aplicable.

Por otro lado, como establece el propio preámbulo de la Ley Orgánica 48/1984, el artículo 16, 1, de la C.E. implica la consagración del derecho a que los comportamientos personales se ajusten, en cuanto no lesionen ningún bien social, a las propias convicciones.

En cualquier caso, esto no nos debe llevar a la conclusión de considerar lícitas todas aquellas conductas de los trabajadores que, amparándose en un pretendido derecho a la objeción de conciencia, lleven al incumplimiento de la obligación debida.

En este sentido, es preciso distinguir entre el personal médico (paramédico o auxiliar) que trabaje para organismos públicos y los que trabajen para organismos privados.

En relación a las clínicas u hospitales privados, cabe subdistinguir entre aquellos que se dediquen de manera específica a tales prácticas de inseminación o reproducción artificial, y ello figure en el contrato, en cuyo caso el médico o personal auxiliar no se podrá negar a la realización de las mismas alegando objeción de conciencia, pues en virtud del artículo 20, 1, del E.T., ya visto, «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido». En este supuesto caben dos hipótesis: o bien que el trabajador rescinda el contrato por propia voluntad o bien que incumpla la obligación debida, estando en este último caso justificado el despido, sin que el mismo puede ser tachado de ideológico o discriminatorio. En el segundo caso, es decir, aquellos hospitales privados en los que no tengan como actividad específica la realización de tales prácticas y sobre ellas nada se diga en el contrato, así como en los hospitales públicos, el régimen es distinto <sup>122</sup>.

En este sentido, y prescindiendo de otros Textos Internacionales que prevén el supuesto de la objeción de conciencia sanitaria, ya visto en un momento anterior, hay que aludir a la llamada «Carta de los Médicos Asalariados», aprobada en la reunión de Bruselas de 7 de junio de 1968, que en su punto 1 establecía que el contrato de trabajo debe «garantizar al médico una independencia plena en el ejercicio de su profesión y, por tanto, establecerá las garantías de hecho y de derecho que le permitan cumplir su misión dentro del respeto a los imperativos de su conciencia y a las reglas científicas, técnicas o deontológicas de la medicina», y en el preámbulo decía que: «la independencia profesional es un principio fundamental de la actividad médica asalariada y debe ser obligatoriamente garantizada en particular por... respeto a la libertad médica de decisión y prescripción». Por su parte, la Carta de los Médicos del trabajo de la Comunidad Económica Europea, adoptada en noviembre de 1968, en Bruselas, se pronuncia de modo parecido, señalando la necesidad de garantizar al médico «la completa independencia técnica y moral en relación con el

---

<sup>122</sup> Cfr. SAGARDOY, J. A., «Aborto: objeción de conciencia y revisión del contrato de trabajo», en *Dilemas éticos de la medicina actual*, cit., pág. 323.

patrono. El médico de empresa (e igualmente el de los organismos de la Seguridad Social) debe tener independencia total en el ejercicio de su profesión, comprometido tan sólo ante su conciencia médica»; por su parte, la Declaración de Oslo, ya vista anteriormente, exige el respeto a las «convicciones y conciencia de cada uno», y en relación al aborto disponía, como se recordará, que «si el médico considera que sus convicciones no le permiten recomendar o ejecutar un aborto, puede ser relevado al mismo tiempo que asegure la continuidad de la asistencia médica por otro colega cualificado»<sup>123</sup>.

En consecuencia, en aquellos casos en que no sea el objeto del contrato, la prestación debida, la realización específica de las técnicas de reproducción asistida, el médico y personal afectado pueden hacer valer su derecho a la objeción de conciencia, sin que ello pueda ser objeto de despido ni sanción alguna; ejemplo: traslado a otro servicio, ascensos, etc., y sobre la base siempre del principio de igualdad y no discriminación<sup>124</sup>. Por tanto, la negativa a prestar estos servicios dentro de los centros o establecimientos públicos no pueden acarrear las consecuencias previstas en el artículo 36, c), 7, de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986.

## 7. CONCLUSIONES

El tema de la fecundación artificial plantea el problema de su relación con los derechos fundamentales y especialmente con los de la persona que va a nacer a través de ella: derecho a la vida, a la integridad física y moral, derecho a nacer en una familia natural, compuesta de padre y madre, derecho a conocer el origen biológico, etc.

En el presente trabajo nos hemos fijado sólo en algunos de esos derechos fundamentales, haciendo especial hincapié en el derecho a la vida del que va a nacer y en el pretendido derecho a procrear, punto cuyo tratamiento legal nos parecen muy criticables.

En relación al primero, el límite de los 14 días establecidos permite el tratamiento experimental del embrión, de tal modo que la ley parece no tener en cuenta que al embrión, como al feto, debe reconocérsele y protegerse como una persona humana en potencia y en este sentido la investigación contra la infertilidad o el progreso de la ciencia no pueden nunca justificar su supresión, pues el embrión no es una parte del propio cuerpo como el semen o el óvulo, sino un ser humano en potencia, un

<sup>123</sup> Cfr. SAGARDOY, *op. últ. cit.*, págs. 323-324.

<sup>124</sup> Cfr., en relación al aborto, auto de 17 de marzo de 1986 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid (inédito), cit. por NAVARRO VALLS, «Objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», en *A.D.E.E.*, II, 1986, cit., págs. 303 y sigs., y sentencia de 20 de enero de 1987, Aranzadi, 18.

sujeto *in fieri*. De este modo, sobre el embrión podrán efectuarse los mismos tratamientos o experimentos que se pueden hacer al hombre ya nacido y, viceversa, no podrán efectuarse sobre él aquellos experimentos o tratamientos que estén prohibidos para el hombre.

En relación al segundo punto, un pretendido derecho a procrear o un derecho de libertad sexual artificial carece de todo fundamento. Nadie puede pretender que la sociedad le consienta crear por cuenta propia hombres nuevos recurriendo a los medios que la técnica ofrece. Si un derecho de tal naturaleza existiese nadie podría poner límites a su utilización. Ni en cuanto al modo, ni en cuanto a las personas que pueden beneficiarse de tales prácticas. Por otro lado, el nacimiento de una persona no puede ponerse en el plano de la satisfacción de un deseo, muchas veces absurdo e irresponsable.

En definitiva, se trata éste de un tema que ofrece serios interrogantes y plantea infinidad de dudas morales. En este sentido, sería de desear que las leyes positivas no fueran tan deprisa en este terreno y se estatuyera así una especie de moratoria internacional, dando tiempo a una seria reflexión sobre determinados aspectos relativos a la investigación genética <sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> Es muy elocuente la postura de TESTART, J., investigador de vanguardia y «padre» del primer niño probeta galo (Amandine, nacida en 1982) que en su obra, *L'oeuf transparent*, publicada en arís en 1986 y tras abandonar sus fecundos trabajos de investigación sobre biogenética, solicita de los poderes públicos un control sobre las técnicas humanas de procreación, al tiempo que hace un llamamiento a todos los científicos del mundo para que paren al menos temporalmente en la investigación y aplicación de las nuevas técnicas reproductivas y en el campo de la ingeniería genética.