



TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2017/2018

**EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL COMO
TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

**THE PREIMPLANTATIONAL GENETIC DIAGNOSIS AS A
TECHNIQUE OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION**

AUTORA

LAURA MARTÍN MILLÁN

DIRECTORA

LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY

**“La tecnología es un siervo útil,
pero un amo peligroso.”**

Christian Lous Lange.

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado versa sobre el Diagnóstico Genético Preimplantacional, obteniendo con este estudio, una visión global y contrastada de dicha técnica en nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, se valoran diferentes perspectivas, basándose en múltiples posturas ideológicas, políticas y teniendo en cuenta las diferentes regulaciones en el derecho comparado. Todo ello, realizando un recorrido desde la implantación de esta técnica en España, pasando por las sanciones que conlleva su incorrecta utilización y realizando un estudio comparado con otros países de los supuestos en los que dicha técnica es admitida. Con todo, concluye con una serie de propuestas legislativas para incrementar su uso y promover una mayor seguridad jurídica, fomentando las utilidades que esta técnica de reproducción humana asistida nos puede aportar a nuestra sociedad.

ABSTRACT

This Final Project is about the Preimplantation Genetic Diagnosis, getting with this study a global and contrasted vision of the technique in the Spanish legal system. Valuing different perspectives, based on multiple ideological positions, political ideas, and taking into account the different regulations of comparative law. All this, taking a tour since the implantation of the technique in Spain, going through the legal sanctions in case it is used in an incorrect way, and making a comparative study with other countries of the cases when this technique is admitted. It concludes with some legislative proposals in order to increase the use of this technique and promote a greater legal security, encouraging the utilities of this technique of assisted human reproduction that can contribute to our society.

ABREVIATURAS

Art/art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CNRHA	Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida
CP	Código Penal
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Núm/núm.	Número
Ob.Cit.	Obra citada
pp.	Páginas
p.	Página
ss.	Siguientes
Vol.	Volumen

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. ANTECEDENTES EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	7
3. NORMATIVA ACTUAL SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA.....	10
3.1. Técnicas de reproducción asistida admitidas.....	11
3.2. Técnicas de reproducción asistida no admitidas expresamente.....	12
4. EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL (DGP).....	18
4.1. Concepto.....	18
4.2. Problemática relacionada con el DGP.....	20
4.3. Concepto de embrión y preembrión.....	24
5. POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA DEL DGP.....	28
6. EL DGP EN ESPAÑA.....	33
7. INFRACCIONES Y SANCIONES.....	36
7.1. Diferenciación con los delitos de manipulación genética.....	39
8. EL DGP EN EL DERECHO COMPARADO.....	42
9. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES.....	46
10. BIBLIOGRAFÍA.....	53

1. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida han incidido en gran medida en el Derecho de familia español, al igual que en el de otros países. Los cambios producidos están caracterizados por la rapidez de los avances tecnológicos y la gran variedad de aplicaciones que se han abierto a su paso.

En España, la introducción de las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico estuvo caracterizada por su tardanza¹, ya que, como ha sucedido en muchos otros ámbitos, la tecnología avanzamuchísimo más rápido que la legislación, o incluso, que la conciencia social. Pero, antes de analizar nuestros antecedentes históricos y legislativos, para comprender la situación actual, debemos dejar claros varios conceptos.

Podemos definir las técnicas de reproducción asistida como el conjunto de técnicas o procesos que sustituyen al proceso natural de la reproducción². En algunas definiciones, podemos encontrar matizaciones relativas a que éstas técnicas o procesos se producen cuando concurren causas de infertilidad. En mi opinión, esta corriente conceptual acota la propia definición, debido a que entonces estaríamos descartando los casos de homosexualidad, madres solteras...etc.

Por otro lado, centrándonos en el tema protagonista de este estudio, debemos decir que el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), es una técnica de prevención destinada a detectar anomalías genéticas en los embriones, impidiendo así la transmisión de enfermedades genéticas graves a la descendencia³. Esta técnica, que se combina con otros procesos de reproducción asistida, puede ser empleada para que las células madres del cordón umbilical, o de la médula ósea, de un embrión modificado genéticamente, puedan ayudar a curar a otro. Para que tenga éxito, ambos deben tener un

¹Sin embargo, esta tardanza en comparación con la aparición de los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida sucedió de manera generalizada en todos los países europeos. Podemos fijarnos en la legislación, por ejemplo, de Suecia cuya primera ley sobre fecundación in vitro fue en 1984, y en 1988 regularon específicamente la técnica de fecundación in vitro; en Dinamarca en 1987 se produjo en el establecimiento de un consejo ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos; y Noruega en 1987 se promulgó la Ley sobre fertilización artificial. El resto de regulaciones europeas que podamos encontrar en este ámbito son posteriores a la española, sin entrar a valorar claro, la calidad de la redacción ni la permisividad de las mismas.

² Organización de Reproducción Asistida (“Reproducción Asistida ORG”), <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

³ IVI: Especialistas en Medicina Reproductiva, <https://ivi.es/>

mismo componente genético, es decir, deben ser hermanos. A éste fenómeno, es lo que comúnmente se ha denominado “bebés medicamento”⁴.

Desde este punto de vista, puede percibirse como un gran avance tecnológico sin ningún tipo de desventaja, ya que, se libera a la descendencia de las enfermedades hereditarias de los progenitores, y en caso de los “bebés medicamento”, gracias a esta técnica podemos curar una enfermedad, que, de otro modo, sería incurable. Pero en la práctica, entran en conflicto muchos intereses e ideologías, referidas tanto a la manipulación o selección de los genes o características de un embrión, como a la aprobación o desaprobación de las técnicas de producción asistida.

Para el estudio del presente trabajo se ha utilizado una metodología consistente en doctrina, jurisprudencia basada en los fallos judiciales emitidos por tribunales de todo orden, así como un estudio de derecho comparado

El objetivo pretendido con este estudio va dirigido a obtener respuestas de calidad en relación con los problemas de contenido ético, jurídico o social que pueden derivarse de la figura reproductiva objeto del mismo.

2. ANTECEDENTES EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En primer lugar, debemos atender al contexto social de la época para comprender la legislación original, como la actualmente en vigor.

La primera Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida surgió en el año 1988⁵. Esto no quiere decir que antes de esta legislación no se diesen casos de filiaciones a través de técnicas de reproducción asistida, aunque sin un marco legal regulado.

La primera niña nacida a través de técnicas de reproducción asistida, en concreto a través de fecundación in vitro, fue Louise Brown, nacida en Reino Unido en 1978⁶. Sin embargo, en España, el primer nacimiento, no surge hasta seis años más tarde, en 1984

⁴ Benavente Moreda, P.: “Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual”, Monografía Boletín del Ministerio de Justicia, junio 2015, p. 39.

⁵ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, («BOE» núm. 126, de 27/05/2006).

⁶El País: “Louise Brown, la primera ‘niña probeta’, da a luz un niño concebido de forma natural”, publicado el 16 de enero de 2007, Sección Sociedad, https://elpais.com/sociedad/2007/01/16/actualidad/1168902003_850215.html

en el Institut Dexeus de Barcelona⁷. En contraste, podemos observar como el primer “bebe medicamento” concebido en España no fue hasta año 2008 en el Hospital de la Virgen del Rocío de Sevilla⁸.

Teniendo en consideración, la temprana aparición de estos casos en España, podemos conocer cuándo los avances tecnológicos fueron realmente efectivos para la población y cuándo se produce el verdadero inicio de la utilización de estas técnicas, independientemente de la regulación de las mismas. Además, debemos tener en cuenta la existencia de Bancos de Semen en España⁹ desde 1978¹⁰.

Fruto de todas estas circunstancias, resultó absolutamente necesario lograr una regulación por parte de los poderes públicos para proteger a la población de un posible uso abusivo de los avances científicos en aras de proporcionar seguridad jurídica. Para ello, el Congreso de los Diputados creó una Comisión Especial para la Estudio de la Fecundación “In Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas, siendo el presidente de la Comisión Marcelo Palacios. La gran novedad o peculiaridad de esta Comisión es el acuerdo conjunto de toda la Cámara para su creación (Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 2 de noviembre de 1984), iniciativa parlamentaria sin precedentes en la reciente democracia española, y que en pocas ocasiones, por no decir ninguna, ha vuelto a repetirse, reflejándose así, una vez más, la inminente necesidad de estudio y regulación de la materia¹¹. Esta Comisión, estaba formada por representantes de cada uno de los grupos parlamentarios, además de médicos, filósofos, moralistas, ginecólogos y juristas;

⁷ABC: “Victoria Anna, la primera niña probeta nacida en España, cumple 30 años”, publicado el 8 de julio del 2014, Sección Sociedad

<http://www.abc.es/sociedad/20140708/abci-probeta-victoria-anna-201407081317.html>

⁸RTVE: “Nace en España el primer el bebé “medicamento” que puede salvar a su hermano”, Sección Noticias, Ciencia y tecnología, 14 de octubre de 2008

<http://www.rtve.es/noticias/20081014/nace-espana-primer-bebe-medicamento-puede-salvar-su-hermano/177528.shtml>

⁹ A finales de los años 70 se creó el primer banco de esperma en España, concretamente en Barcelona, por el Doctor Simón Marina con la Fundación del Instituto Cefer. Así se abrió el camino hacia la normalización de estas técnicas que ya estaban aceptadas en otros países europeos, habiéndose instaurado el uso de semen congelado de donante anónimo. En ese momento fue una gran revolución, ahora, que ya han pasado cuarenta años desde esta primera apertura, es concebido como una herramienta más que ayuda a las parejas o personas solteras que lo deseen a tener hijos.

¹⁰Sánchez Ocaña, R: Diario La Provincia: “Treinta años del primer banco de semen”, Sección Sociedad, 16 de marzo de 2009.

<https://www.laprovincia.es/sociedad/2009/03/16/treinta-anos-primer-banco-semen/216571.html>

¹¹SOUTO PAZ, J. A.: “El informe palacios y la ley de reproducción asistida”, En *Régimen Jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*, Dialnet Plus, 2006, pp. 187.

todos ellos elaboraron un Informe, comúnmente llamado “Informe Palacios” que fue debatido y aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1886.

Como resultado de la Comisión Especial y del “Informe Palacios”, se asentaron importantes bases que siguen rigiendo hoy en día nuestro sistema jurídico. Algunas de ellas son: la realización de las técnicas únicamente en Centros autorizados, la prohibición de donantes de gametos menores de edad, y que esta donación tenga que ser anónima y gratuita¹².

La consecuencia última de esta Comisión, como no podría ser de otra manera, fue la promulgación de la primera ley española sobre técnicas de reproducción asistida en el año 1988.

Esta Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida¹³, a pesar de ser tardía con respecto a los casos acaecidos en la sociedad española, ha sido muy bien valorada por los especialistas en la materia, y por autores como Ochoa o Lledó, debido a lo avanzada que era para la época, convirtiéndose España, con esta regulación, en un país pionero. Además, la regulación contenida era claro resultado de las demandas sociales del momento, y buscaba de manera notable el equilibrio entre la dignidad humana y el repentino progreso científico producido en ese ámbito.

En su artículo 1.1, citada norma estableció qué técnicas fueron finalmente aceptadas en España: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG). A esto, debemos añadir, que en el artículo 1.3, se recoge textualmente que: *“Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.”*. En esta redacción podemos apreciar una apertura a lo que va a evolucionar como Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), aunque es probable que en ese momento el legislador no fuese consciente del potencial que tenía esta técnica, y a su vez, las polémicas que podían surgir del mismo. Sería totalmente comprensible, ya que el primer caso en

¹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 346, II Legislatura.

¹³ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988).

nuestro país, no se da, como hemos dicho anteriormente, hasta el año 2008, cuando ya se encontraba en vigor nuestra ley actual del año 2006.

Para concluir, esta primera ley, durante sus años de aplicación, sufrió una necesaria reforma en 2003, a través de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre¹⁴. Esta modificación, tal y como se explica en la Exposición de Motivos¹⁵, era necesaria debido a los avances tecnológicos producidos durante estos años, ya que habían reducido los riesgos que tenía la práctica médica y con ello, se habían aumentado crecientemente los casos, produciéndose una variedad y heterogeneidad de situaciones que no estaban cubiertas por la ley inicial. Otra de las controversias tratadas en la modificación, fue el destino de los preembriones humanos sobrantes que, al igual que en el caso anterior, resultó ser fruto del aumento progresivo del número de procesos realizados en España.

3. NORMATIVA ACTUAL SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA

Actualmente, la ley en vigor en España en materia de técnicas de reproducción asistida es la Ley 14/2006, de 26 de mayo (LTRHA)¹⁶. Nació, al igual que sucedió con la citada modificación de 2003, como consecuencia de los constantes avances tecnológicos en la materia y el aumento, aún mayor, de los preembriones supernumerarios.

A pesar de que los motivos puedan considerarse los mismos, esta nueva Ley introdujo grandes novedades¹⁷, además de completar reformas que en la modificación de 2003 sólo se habían instaurado parcialmente.

¹⁴Ley 45/2003, de 21 de noviembre, de Reforma de la Ley 35/1988, (BOE, num.280, de 22 de noviembre de 2003).

¹⁵Exposición de Motivos de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

¹⁶Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006).

¹⁷Gracias a esta regulación, España se encuentra a la cabeza de los países de Europa en uso de técnicas de reproducción asistida. Este liderazgo, viene acreditado por los sesenta mil ciclos de reproducción asistida que se realizan en España cada año. Uno de los grandes motivos por los que justifican que en España se produzcan tantos casos, y no en otros países europeos, es la gran permisividad de nuestra legislación, además de las tasas elevadas que garantizan centros especializados: Instituto Bernabeu: *“La actual ley española 14/2006, supuso un avance científico y técnico respecto al resto de legislaciones de nuestro entorno, y hoy sigue siendo referente tanto por las técnicas que regula, como por los usuarios o destinatarios de las mismas”*.

<https://www.institutobernabeu.com/es/ib/legislacion-espanola-de-reproduccion-asistida/>

Una de las grandes novedades de esta Ley fue, la no realización de una lista cerrada e inamovible de técnicas de reproducción humana asistida permitidas en España. Este cambio es muy positivo, admitiéndose, e incluso se favoreciéndose, la aplicación extensiva de la norma con una interpretación amplia, tal y como se explica en la Exposición de Motivos de la propia Ley¹⁸. Así, se permitió dejar un mayor margen de incorporación a nuevos avances que pueden surgir en el futuro sin necesidad de realizar constantes reformas, ya que uno de los inconvenientes que planteó la Ley de 1988 fue su inflexibilidad a la hora de introducir nuevas técnicas. Por tanto, aunque la lista establecida en la nueva ley pueda considerarse cerrada, no es del todo cierto, y además al establecerse a través del Anexo las técnicas admitidas, no es ya una norma con rango de ley, por lo que podrá ser modificada posteriormente por vía de Real Decreto del Gobierno¹⁹, sin necesitar de acudir a una modificación legal al efecto.

Por otro lado, cabe destacar, la apertura de las técnicas de reproducción asistida a su utilización curativa en enfermedades, citándose en concreto, el Diagnóstico Genético Preimplantacional. Pero tal y como resalta Marcelo Palacios en su comentario científico-jurídico de la ley²⁰, no se permite la selección del sexo u otras características, sino que *“La utilización de las Técnicas de Diagnóstico Preimplantacional para la selección de embriones compatibles para posible tratamiento de hermano afecto a través de la sangre del cordón fetal o del trasplante de médula ósea se permitirá previo estudio caso a caso, evitando así que las parejas que precisan de esta técnica deban desplazarse a otros países, como hasta ahora”*.

3.1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ADMITIDAS EN ESPAÑA

Las técnicas aceptadas en el ordenamiento jurídico español vienen establecidas en el Anexo de la ley 14/2006²¹, siendo admitidas las siguientes: la inseminación artificial, fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática²² de espermatozoides (con gametos propios o de donante) y con transferencia de preembriones, y la transferencia intratúbica de gametos.

¹⁸Exposición de Motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

¹⁹ Norma jurídica con rango de Reglamento emanada del poder ejecutivo. Se sitúa en el orden de prelación de fuentes inmediatamente después del rango de ley y antes de las Órdenes Ministeriales.

²⁰Lledó Yagüe, F.: *“Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”* Dykinson, 2007, p.25.

²¹ Anexo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

²²Inyección de un espermatozoide en su citoplasma mediante una micropipeta, previa obtención y preparación de los gametos con el fin de obtener embriones que puedan transferirse al útero materno.

En cuanto a la inseminación artificial, es definida por el DR. Antonio L. González Utor como “*la introducción de espermatozoides en el tracto reproductor femenino, de manera artificial, para la consecución de una gestación*”²³. Pueden diferenciarse dos tipos, la inseminación desarrollada con los espermatozoides de la pareja conyugal de la mujer (Inseminación artificial conyugal) o aquellos espermatozoides que provienen de un donante (Inseminación artificial de donante).

Respecto a la fecundación in vitro (FIV), se produce de manera extracorpórea la fecundación del ovocito. Esta técnica ha evolucionado dando lugar a la Inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI)²⁴, consistente en micromanipular la fecundación introduciendo un único espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo, aumentando así las tasas de fecundación en hombres con problemas de esterilidad. Esta última medida, actualmente, la podemos considerar subsumida por el propio concepto de FIV, considerándose un tipo específico, no diferenciado.

Por último, la transferencia intratúbica de gametos²⁵, consiste en depositar los gametos (tanto óvulos como espermatozoides) en las trompas de Falopio. Sin embargo, es una técnica que no suele ser muy utilizada, debido a que no aumenta las posibilidades de embarazo respecto a la fecundación in vitro, y, además, requiere una cirugía laparoscópica abdominal²⁶.

3.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA NO ADMITIDAS EXPRESAMENTE

Como ya hemos visto, la redacción de nuestra ley es flexible para abrir la puerta a nuevas técnicas y prácticas de reproducción asistida sin necesidad de constantes reformas, justificadas por la rapidez de los avances en esta materia. Sin embargo, hay técnicas o actuaciones, que han sido expresamente prohibidas por el legislador, para evitar, de alguna manera, que esta flexibilización permitiese la admisión, por parte de doctrina o jurisprudencia, de las situaciones que voy a explicar a continuación.

²³González Utor, A.L.:” Comentario científico”, en “*Comentarios científicos-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*”, Ob. Cit., p.41.

²⁴ Lledó Yagüe,F:”*Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*”, Ob. Cit., p. 44.

²⁵. La principal diferencia con el FIV y el TIC, es que, en este caso, el proceso sucede dentro del tubo de Falopio en vez de en el laboratorio.

²⁶American Pregnancy Association, Promoting Pregnancy Wellnes, <http://americanpregnancy.org/es/infertility/gamete-intrafallopian-transfer/>

El caso más claro y expreso de prohibición en nuestra ley es la gestación por sustitución o maternidad subrogada, cuestión de indudable actualidad²⁷ y de gran controversia. En parte, fruto del gran número de casos, y por de la “huida”²⁸, cada vez más creciente, de personas o parejas a países extranjeros para realizar este proceso en el extranjero, con todas las dificultades que provoca su retorno al país de origen con un nuevo hijo con filiación indeterminada. Esta clara “prohibición” establecida en el artículo 10, declara nula de pleno derecho la filiación de los padres, estableciendo siempre, y en todo caso, la filiación a la madre gestadora, es decir, nuestro legislador prima la realidad gestacional frente al material genético utilizado.

Otro de los casos, que podríamos considerar como controvertido, es la realización de técnicas de reproducción asistida, cualquiera que sea, una vez que se haya producido el fallecimiento del varón. Esta técnica viene regulada en la Ley, a través del artículo 9, bajo la rúbrica de: “*Premoriencia del marido*”²⁹. Se establece la imposibilidad de determinación de la filiación del hijo en relación al marido premuerto, a no ser que ese embrión se hallase en el útero de la mujer en la fecha en la que se produce fallecimiento.

Por tanto, se prohíbe de manera implícita la inserción del material genético del marido. Sin embargo, como situación excepcional, esta filiación puede darse en el caso de que hayan transcurrido menos de 12 meses desde el fallecimiento, y el marido hubiese expresado su consentimiento para la utilización de su material reproductivo para fecundar a su mujer, ya sea en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas. Debemos matizar, que se habla de marido en todo momento, ya que, como se establece en el apartado tercero del artículo, el

²⁷ Cada vez más parejas españolas acuden a otros países como Estados Unidos a realizar esta técnica debido a su imposibilidad en España. Sobre todo, se produce en casos de parejas homosexuales masculinas debido a que la legislación española no les proporciona ninguna alternativa para tener hijos biológicos estando ambos inscritos como padres en el Registro, a no ser que sea por medio de una adopción.

²⁸ Cobo, V: El País: “*Vientres sin ley: La maternidad subrogada no es legal en España. Pero cada vez hay más agencias que buscan madres de alquiler en Rusia, India o EEUU*”, Reportaje publicado el 3 de noviembre de 2013.

https://elpais.com/sociedad/2013/11/01/actualidad/1383337785_128269.html

²⁹ Debido a causas como fallecimientos repentinos o enfermedades que pueden causar infertilidades futuras estos casos se están convirtiendo cada vez en más frecuentes, como son las enfermedades oncológicas que actualmente tienen cura en muchos de los casos, pero con la desventaja de que los tratamientos son tan agresivos que suelen provocar la infertilidad. En estos supuestos, la pareja, deseosa de procrear, puede decidir hacer constar en las vías previstas un consentimiento específico para el caso de la muerte o infertilidad. Sin embargo, si se trata de una muerte fortuita, por mucho que la mujer desee utilizar el material genético de su pareja fallecida, no encuentra vías legales que le autoricen la misma.

hombre no unido por vínculo matrimonial puede gozar de esta regulación, pero en este caso, a la hora de expresar el consentimiento tendrá que determinarse en favor de quién se autoriza tal utilización de material reproductivo.

Podríamos pensar, que este supuesto es aislado y de poca eficacia práctica, pero en realidad, tal y como establece, Ochoa, es un supuesto ya asentado en nuestra realidad social, y puede desarrollar muchas controversias a nivel práctico. Fruto de esto, vemos como el legislador en 2006, flexibiliza los requisitos en comparación con la regulación de 1988, aumentando el plazo de 6 a 12 meses, y se amplía, además, las formas en las que el varón puede prestar su consentimiento.

Por otro lado, Lledó Yagüe, realiza una crítica, a una cuestión que ya hemos planteado anteriormente, y es la propia rúbrica del artículo como “Premoriencia del marido”. Apuntando así, el autor, que realmente no es una denominación acertada por varios motivos: el primero, referido a la calificación de marido, cuando el autor considera que debería ser más oportuno la calificación de excónyuge. En segundo lugar, considera más oportuna la calificación de concepción post mortem, ya que premoriencia, es un concepto más propio del derecho sucesorio. Sin embargo, estas matizaciones no cambian en ningún caso la sujeción de este supuesto a la Ley de técnicas de reproducción asistida ni a su naturaleza jurídica.

De igual manera, podrían considerarse como prohibidas, las técnicas aceptadas, pero que en caso de no seguir los procedimientos legales establecidos se entenderían como contrarias a la ley. Un claro ejemplo es el artículo 3.2 de LTRHA, en el cual se determina que la aplicación de la fecundación in vitro u otras figuras afines, solo podrá realizarse con la transferencia de un máximo de tres preembriones en una misma mujer por ciclo reproductivo.

Con todo, no encontramos más prohibiciones en nuestra legislación, que las ya mencionadas, más allá de aquellas que vayan claramente en contra de los principios generales de nuestro ordenamiento o del sentido de la ley de técnicas de reproducción asistida. Prohibiciones realizadas como consecuencia de la necesidad social de regulación y limitación de uso de las técnicas, como es el caso de la maternidad subrogada, problema actual que se ha solucionado a través de la prohibición del mismo. Probablemente, no contemos con prohibiciones tajantes como ésta, debido a que no se han dado situaciones controvertidas como la anteriormente citada, y puede que surjan en un futuro próximo a causa de futuros avances tecnológicos.

Entrando ahora, en la técnica concreta que nos interesa para este estudio, el DGP, nos encontramos con un gran debate, sobre todo en términos éticos, y es la posibilidad de seleccionar el sexo del futuro hijo o seleccionar determinadas cualidades físicas o psíquicas utilizando esta técnica.

Estas opciones, por motivos éticos están totalmente prohibidas en España de manera radical, ya que, nuestra ley, como se ha explicado anteriormente, sólo consiente seleccionar el sexo del bebé con fines terapéuticos. Misma tendencia se sigue de manera general en todo nuestro entorno europeo³⁰, aunque no se descarte que estas posibilidades puedan ir siendo aceptadas en el futuro, como ya han sido aceptadas en países como Estados Unidos, México, Panamá, Chipre, República Checa, Tailandia, Nigeria y Jordania, en los que actualmente se puede seleccionar el sexo del bebé, según datos de las clínicas de fertilidad³¹.

El planteamiento de este debate ético en España comenzó por el caso de Esperanza Martín y José Sánchez³², que acudieron ante el Juez de Mataró, donde vivían, y como habían tenido ya cinco hijos varones, querían conseguir la autorización del juez para que le permitiera elegir el sexo de su siguiente hijo, pudiendo tener así de manera asegurada una hija. Ante esta situación, el Juez admitió tal pretensión, siendo la fiscalía la que recurrió la decisión, y obtuvieron, finalmente, una negativa para la autorización de selección del sexo de su futuro hijo.

Tras esta negativa, podríamos pensar que el tema ya estaba zanjado, en cambio, en el 2013 hubo una recogida de firmas³³ por parte de los centros de reproducción asistida españoles para presentar una iniciativa legislativa popular (ILP)³⁴ en el

³⁰Sin embargo, en 2003, una clínica belga anunció el primer nacimiento en Europa de un bebé cuyo sexo fue elegido por sus padres, se reactivó la discusión sobre esta posibilidad. Sevillano, E.G. El País: “*Ahora quiero una niña*”, 26 de junio de 2013, https://elpais.com/sociedad/2013/06/26/actualidad/1372277529_900969.html

³¹Ibídem.

³²Sáez, F. El Mundo: “*¿Es ético elegir el sexo de los hijos?*”, Sección Crónica, 15 de septiembre de 2002, num.361. <http://www.elmundo.es/cronica/2002/361/1032164369.html>

³³Esta recogida de firmas fue promovida por EL Instituto de Reproducción CEFER: en Iriberry, A: El Mundo: “*¿Niño o niña? Lo que los padres quieran*”, Sección Polémica, 27 de junio de 2013, <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/06/26/noticias/1372271359.html>

³⁴La iniciativa legislativa popular o iniciativa popular (ILP o IP), o también conocida como iniciativa ciudadana es un mecanismo de democracia semidirecta. Se trata de la posibilidad amparada en la Constitución, de que las personas puedan presentar iniciativas de ley, sin ser representantes populares en sus respectivos congresos. Dichas iniciativas de ley, deberán estar avaladas por una cantidad de firmas, para que se puedan tomar en cuenta por su respectiva cámara legislativa. Dichas iniciativas pueden versar

Congreso de los Diputado para modificar la ley³⁵. Finalmente, tal propuesta no salió adelante, pero bastó para volver abrir un debate que había estado durante años silenciado en nuestro país y alertar o alentar a muchos sectores de la sociedad sobre las posibilidades que nos abre la ciencia a través del DGP.

Simón Marina, fundador del centro promotor de la propuesta legislativa, afirma, en defensa de la misma, que esta es “*una cuestión de libertad y democracia*”, “*un derecho que no atenta contra nadie*”³⁶. Bajo su percepción, no hay, por tanto, ninguna justificación para prohibir dichas actuaciones ya que, se estaría privando a un sector de la sociedad de un derecho legítimo.

De igual manera, Boada³⁷, afirma que la admisión de estas finalidades no tendría una gran repercusión en nuestra sociedad debido a la escasa demanda que hay éstos ámbitos. De manera contraria, Simón Marina³⁸ sostiene la gran demanda social existente sobre estas pretensiones utilizando este argumento como medida de presión para la admisión de las mismas por la necesidad social de aceptación.

De manera generalizada los defensores de la persecución de estos fines sostienen, que no hay ningún inconveniente en admitir que las personas que estén interesadas puedan conseguir el hijo/a deseado, y que las personas en contra de dicha posibilidad no tienen que mermar las posibilidades del resto de ciudadanos, no coartando el derecho de las personas que sí que comparten esta concepción.

En cambio, los detractores de estas posibilidades, alegan causas de inmoralidad como el diseño de niños de acuerdo a los deseos caprichosos de sus padres. En esta línea, Natalia López³⁹ afirma que “*el mero deseo de un niño o una niña no es justificable ni legal ni éticamente*” siendo una de las más conservadoras en este ámbito. Por otro lado, Miguel Ángel Sánchez⁴⁰ sostiene su inadmisión centrándose

sobre asuntos públicos, como puede ser una reforma de un estatuto o una ley, o incluso una enmienda constitucional.

³⁵Sevillano, E.G. El País: “*Ahora quiero una niña*”, 26 de junio de 2013, https://elpais.com/sociedad/2013/06/26/actualidad/1372277529_900969.html.

³⁶Iriberry, A: El Mundo: “*¿Niño o niña? Lo que los padres quieran*”.

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/06/26/noticias/1372271359.html>

³⁷ Ibídem.

³⁸ Sevillano, E.G: El País: “*Ahora quiero una niña*”, publicado el 26 de junio de 2013, https://elpais.com/sociedad/2013/06/26/actualidad/1372277529_900969.html.

³⁹Ibídem: Presidenta de la Asociación Española de Bioética (AEBI) y miembro del Comité de Bioética de España.

⁴⁰Ibídem: Profesor de Bioética de la Universidad Complutense de Madrid.

en la función de los progenitores y el deber de éstos de aceptar y respetar a sus hijos, sobre todo, en situaciones en las que no padecen ningún tipo de enfermedad, ya que serían fruto de la avaricia de los progenitores de tener un niño en vez de una niña, o un hijo más alto que otro.

Además, podría conllevar unas consecuencias demográficas irreversibles, por el aumento de nacimiento de varones, por ejemplo, en países como China o India. Este factor de riesgo, de acuerdo con Marina⁴¹ no supone ningún peligro para España debido a nuestra situación de igualdad entre hombres y mujeres, de la que, según él, podemos ya presumir como sociedad avanzada. Opinión, que comparte Boada⁴², afirmando que es verdad que puede ser una situación de gran peligro, pero en otros países, nunca en España.

Por otro lado, el DGP es una técnica de elevado coste económico⁴³, reservándose dichas posibilidades sólo para las personas con una gran capacidad económica. Una de las consecuencias de la aceptación de estas premisas podría ser el nacimiento de hijos “*perfectos*” o “*genéticamente superiores*” provenientes de los estamentos sociales más elevados, y, por el contrario, el nacimiento de hijos “*más defectuosos genéticamente*” de las personas de clase media-baja. Circunstancia, confirmada por ROCÍO NUÑEZ⁴⁴ debido a que la técnica perfecta para consecución de esta finalidad es el DGP, ya que garantiza un 100% de probabilidades de acierto, y es una técnica de coste elevado, cuyo valor, incluso, se vería incrementado por el aumento de la demanda en el caso de admisión de estas premisas.

Vemos, casos en los que, incluso en Estados Unidos, donde la práctica esta admitida, los centros se han visto obligados a suspender o cancelar en algunos períodos de tiempo la práctica de esta técnica por el gran revuelo social ocasionado. Este es el caso de “*The Angeles fertility*” agencia que ofrecía la selección del sexo, el color de ojos y color de pelo⁴⁵, incluyendo en su tarifa los gastos relativos a los

⁴¹ Sevillano, E.G. El País: “*Ahora quiero una niña*”, Ob. Cit.

⁴² Iriberry, A. El Mundo: “*¿Niño o niña? Lo que los padres quieren*”, Ob. Cit.

⁴³ En Estados Unidos la realización de esta técnica con estos fines oscila alrededor de 20.000 dólares (15.372 euros). Diario 20 minutos: “*Promueven una iniciativa para que elegir el sexo de los hijos sea un ejercicio de libertad*”, publicado el 27 de junio de 2013. <https://www.20minutos.es/noticia/1856337/0/ilp/elegir-sexo-hijos/ejercicio-libertad/>

⁴⁴ Coordinadora del Grupo de Interés en Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF). Iriberry, A. El Mundo: “*¿Niño o niña? Lo que los padres quieren*”, Ob.Cit.

⁴⁵ Marazzi, A. Hipertextual:” *Hijos a medida: Una clínica te permite elegir características de tu bebé*” Sección Ciencia, publicado el 5 de marzo de 2009.

billetes de avión, hotel, gastos de transporte, actividades de entretenimiento, comidas y servicios de cuidado de niños⁴⁶. Posteriormente, debido a la polémica suscitada tuvo que cancelar algunos procedimientos de DGP con estos fines, aunque en la actualidad es una práctica habitual que sigue produciéndose en Estado Unidos sin ningún control legal.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, recalco la prohibición expresa de nuestro legislador de utilizar el DGP más allá de fines curativos. Sin embargo, no son pocas las preocupaciones sociales por el hecho de que estas corrientes ideológicas puedan llegar a nuestro país, produciéndose una flexibilización y acabando con la admisión tan temida de producir “*bebés diseño*” o “*bebés a la carta*”. Expertos en esta materia⁴⁷, tranquilizan las tensiones sociales basándose en la firmeza del Estado Español de no admitir tal degeneración de la técnica y niegan la existencia de riesgo, dado que, en nuestro país, incluso, la selección de los donantes de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida es anónima, sin permitir la selección de ningún tipo de cualidades o preferencias, tal y como establece la ley.

4. EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL (DGP)

4.1. CONCEPTO

Como ya hemos establecido en múltiples ocasiones, el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) consiste en la prueba realizada de una o dos células extraídas de un embrión inmaduro antes de su implantación en el útero materno. Estas células son analizadas posteriormente para detectar posibles alteraciones cromosómicas o genéticas⁴⁸.

España, es considerado un país pionero en el desarrollo y aplicación clínica de esta técnica, ya iniciada comienzos de los años 90, y recogida expresamente en la Ley anterior, 35/1988.

<https://hipertextual.com/2009/03/hijos-a-medida>

⁴⁶Sahuquillo, M.R. El País: “*¿Bebés perfectos? No, gracias*”, Sección Sociedad, publicado el 15 de marzo 2009, https://elpais.com/diario/2009/03/15/sociedad/1237071601_850215.html

⁴⁷Sahuquillo, M.R. El País: “*¿Bebés perfectos? No, gracias*”, Ob. Cit.

⁴⁸Fertility Center, San Diego.: “*Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)*” 7 de junio de 2015, equipo de San Diego Fertility Center.

<https://www.sdfertility.com/es/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>.

El DGP está regulado en el artículo 12 de la LTRHA. De esta forma queda abierta la función asignada a las técnicas de reproducción asistida de paliar también enfermedades genéticas, que, de otra manera, serían consideradas como incurables.

Este artículo establece que esta técnica, realizada en centros debidamente autorizados, se podrá utilizar en los siguientes casos: para detectar enfermedades hereditarias graves, aunque no establece cuáles pueden ser calificadas de ese modo, de aparición precoz y no susceptible de tratamiento curativo postnatal; y para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. Siempre que se realice esta técnica se debe poner en conocimiento a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

El apartado segundo, establece la necesidad de autorización expresa si se pretende utilizar esta técnica con cualquier otro fin que no sea el establecido por la ley. Esta autorización será requerida a la autoridad sanitaria correspondiente, que será la que resuelva sobre la adecuación de ésta técnica, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que estudiará las características y su viabilidad, caso por caso.

A causa de las modificaciones realizadas por nuestra ley actual y, también, debido a los avances tecnológicos, se impulsa el uso de esta técnica proporcionando un artículo concreto a su desarrollo. Tal y como establece, Vidal⁴⁹, con esta nueva regulación se han ampliado los posibles supuestos de aplicación, ampliando también los controles, proporcionando así una mayor seguridad jurídica.

Además, siguiendo los datos y consideraciones realizados por esta misma autora, la consideración de este supuesto en particular como novedad en nuestra ley, está plenamente justificado. Esto se debe al aumento de consultas que reciben los centros especializados, al incremento del número de anomalías genéticas que pueden ser tratadas, así como los candidatos que pueden beneficiarse de esta técnica.

Sin embargo, la autora, destaca un inconveniente de la redacción de este artículo, y es la exclusión del supuesto más frecuente de DGP, y que más beneficios puede aportar a nuestra sociedad, el tratamiento de “enfermedades graves de manifestación no precoz”. Controversia que como mínimo llama la atención, debido

⁴⁹Vidal, F y Verdera Izquierdo, B.: “Diagnóstico genético preimplantacional”, en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, artículo 12, La Jurídica, 200, p. 190.

a la aplicación práctica con tanto éxito del proceso que se estaba dando ya en nuestro país, en el momento de la redacción de la ley.

En contraste, la autora Verdera Izquierdo⁵⁰, justifica el mayor control de la técnica en la conmixión de temas de componente ético y moral, con la protección de la labor biogenética, basándose en la Exposición de Motivos de la Ley que dice así: *“exigencia de un marco jurídico que centre los justos términos de las actuaciones biomédicas desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos y sin cerrar el camino al patrimonio de la humanidad que es la ciencia”*. Esta protección de la labor biogenética, tiene amparo constitucional en el art.20.1.b) CE⁵¹, que reconoce y protege el derecho a la producción científica, pero, como todo derecho, aunque sea constitucional, tiene límites marcados por otros derechos, como sería en este caso el derecho a la vida.

En términos generales de calificación, no está demás tener en cuenta, la opinión de Rebolledo Varela⁵², que no considera el DGP como una técnica de reproducción asistida, sino como una técnica coadyudante. Esta concepción, no impide ni dificulta la aplicación de la regulación legal al efecto, simplemente establece una manera diferente de concebir la situación. Ambas, tanto la de técnica de reproducción asistida como la de técnica coadyudante de éstas, bajo mi punto de vista, igualmente válidas. Ciertamente, que teniendo en cuenta la no inclusión de la misma en el Anexo, donde se establecen las técnicas de reproducción asistida admitidas en España, parece que el legislador no considera como tal al diagnóstico genético preimplantacional; pero también es cierto, que esta lista no es del todo cerrada, y puede admitir grados de flexibilidad. Es por esto, que, en el discurso de este trabajo, va a ser tratado de forma indiferenciada.

4.2. PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON EL DGP

No hay duda de que existen peligros o riesgos que se deben tener en cuenta antes de realizar un diagnóstico genético preimplantacional, riesgos que nada tienen que ver con nuestra cultura o ideología personal, es decir, son riesgos médicos, objetivos. Antes de nada, debemos tener en cuenta que todos los procedimientos médicos tienen siempre

⁵⁰Vidal, F y Verdera Izquierdo, B.: “Diagnóstico genético preimplantacional”, en *“Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”* Ob. Cit., p. 194.

⁵¹Constitución Española (CE) (BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978).

⁵² Lledó Yagüe, F.: *“Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”*, Ob. Cit., p. 49.

unos inconvenientes, ya sea, por ejemplo, relativos a los calificados como efectos secundarios o al grado de viabilidad del proceso.

En el transcurso de la técnica de DGP, lo que se está realizando es la extracción de una célula⁵³ de un embrión de ocho células totales en el momento de la extracción.

Hasta hace relativamente poco, los científicos encargados del estudio de la materia consideraban que todas estas células eran iguales, porque lo contenían el mismo material genético, con lo que se consideraba indiferente la extracción de una de esas células y, además, sería diferente sustraer una u otra célula, puesto que el resultado seguiría siendo el mismo.

En cambio, estudios recientes muestran que las características bioquímicas de estas células no son idénticas, por tanto, cada célula da lugar a tejidos distintos, al menos en una pequeña parte, surgiendo así unos ochos tipos de preembriones diferentes dependiendo de la célula que se decida extraer. Lo que no sabemos, y es muy difícil de probar en el futuro, son los cambios sustanciales o insignificantes que esto puede provocar, para medir la magnitud de esta alteración⁵⁴.

Así, por ejemplo, se ha considerado como no conveniente o desventajoso la práctica del DGP en los casos de fibrosis quística⁵⁵, y de manera sorprendente la única opción alternativa propuesta al DGP, es la realización de test durante el periodo de embarazo para comprobar si el feto padece la enfermedad, y en caso positivo, tomar la difícil decisión de abortar o no.

Cabe mencionar, que los expertos coinciden mayoritariamente en que para evitar una enfermedad hereditaria grave⁵⁶, a pesar de esta modificación genética, es conveniente utilizar el DGP, ya de que no ser así, las consecuencias en el feto son mucho más graves. Sin embargo, para otras enfermedades, como los embriones aneuploides, las

⁵³La célula es conocida como la unidad anatómica, fisiológica y de origen de todo ser vivo. Cada célula es una porción de materia constituida y organizada capaz de desarrollar todas las actividades asociadas a la vida: nutrición, relación y reproducción.

⁵⁴ Goldman, B. Reproductive Medicine: "*Thefirtscut*", 31 de enero de 2017, Sección New Future, <https://www.nature.com/articles/445479a>.

⁵⁵ Ibídem: Reproductive Medicine: "*HealthCheck*"

⁵⁶ AznarLucea, J: "*Peligros del Diagnóstico Genético Preimplantacional*", en "Diagnóstico genético preimplantacional y diagnóstico prenatal. Amniocentesis", Doctor en Medicina por la Universidad de Navarra, en Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, San Vicente Mártir. <http://www.observatoriobioetica.org/fondo-documental-2/inicio-de-la-vida/diagnostico-genetico-preimplantacional-y-diagnostico-prenatal-amniocentesis#arriba>

opiniones están más divididas dependiendo de la ponderación que realice cada uno con sus circunstancias personales, y es un punto en que el ya sí entra en juego la ideología de cada uno.

Como he dicho, este problema o inconveniente está probado científicamente, por lo que ya estemos a favor o en contra de la utilización de ésta técnica es algo que no podemos negar, ni aumentar o exagerar en beneficio de argumentos en contra. Debiendo contextualizar el problema, ya que pocos procedimientos o tratamientos médicos no tienen ningún inconveniente o riesgo a asumir por parte del paciente, no debemos radicalizar o aumentar un problema que surge en nuestro día a día y que ya está más que normalizado, tanto en el mundo de la medicina como en la conciencia social, en este caso no tiene nada de diferente con otros que se nos puedan venir a la mente, sólo que en esta situación estamos evitando en muchos casos, enfermedades muy graves con las cuales es imposible tener una vida cotidiana normal.

Cuestión diferente es cuándo se pretende utilizar esta técnica para tratar enfermedades leves o alterar las cualidades genéticas del embrión, lo cual es una cuestión totalmente ética. Realizando una ponderación entre el carácter genético perdido y lo que se quiere modificar, juicio que forma parte de cada persona.

En España, la alteración de cualidades genéticas, independientemente de nuestra opinión, es inconcebible, dada la claridad de la redacción legislativa limitando la práctica de la técnica y prohibiendo su uso con fines no terapéuticos.

De otro lado, el DGP plantea más problemas, como el destino de los preembriones sobrantes⁵⁷, conflicto que es común a todas las técnicas de reproducción humana asistida, y que cada día se convierte en una incertidumbre de mayor envergadura debido al creciente uso de estas técnicas.

Entorno a este problema existe una disyuntiva derivada de la consideración de los derechos que posee el preembrión en ese estado de desarrollo, y la gran utilidad que tendrían éstos para la investigación científica, ya que no se permite en España, la

⁵⁷El término preembrión es un concepto recientemente incorporado por algunos científicos a los debates bioéticos con intención de diferenciar los primeros 14 días de desarrollo del embrión o cigoto humano del resto. Se trataría, por tanto, de la primera etapa de desarrollo. Otros científicos no admiten esta distinción, por considerarla carente de fundamento científico. Para éstos la etapa embrionaria abarca desde la concepción hasta los 90 días de gestación, en que el embrión se denomina "feto", ya que se ha desarrollado su organismo y puede ser reconocido por su aspecto externo como un bebé muy pequeño.

creación de embriones con estos fines⁵⁸. Prohibición también asentada por el Convenio Europeo de Biomedicina, que para España entró en vigor a partir del 1 de enero del año 2000.

Esta posición es la misma que han afrontado la mayoría de países, permitiendo la investigación con los preembriones sobrantes de las técnicas ya realizadas, siempre y cuando se obtenga el consentimiento de los progenitores de tales embriones, y siempre y cuando sea dentro de los plazos establecidos legalmente, dando un uso alternativo a los mismos⁵⁹. Solución que parece razonable, dada la masiva producción en la actualidad de embriones que acaban no siendo implantados. La dificultad aparece en la necesidad de consentimiento, probablemente debido a la desinformación de la población.

Sin embargo, existen ordenamientos en los que está permitido la creación de embriones para la investigación. El ejemplo más próximo que podemos encontrar es Reino Unido, donde la creación se somete a la aprobación de la Autoridad Nacional de Reproducción Asistida.

La mejor manera de obtener una visión fundada y realista de este problema en nuestro país es a través de unas estadísticas que reflejen la realidad social. En este caso, basándome, en una estadística sobre la opinión de algunas parejas sometidas a programas de FIV sobre sus embriones sobrantes, según los datos proporcionados por el Instituto Universitario de Dexeus de Barcelona⁶⁰, donde se tuvo en cuenta la opinión de 260 parejas implicadas.

Según los datos aportados, el 27% de las parejas aceptarían su propia transferencia, un 32,5% aceptarían la donación a terceros, y al 31,5% no les complace ninguna opción

⁵⁸Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos («BOE» núm. 314, de 31 de diciembre de 1988). Artículo 9.2.B): infracciones muy graves; b) *La creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación.*

⁵⁹ Esta legislación deja a España en un término medio de permisividad, englobándola en el grupo de países donde está permitido investigar con preembriones sobrantes de ciclos de FIV para derivar hESC (Canadá, Holanda, Australia, Suecia), lejos del grupo de países donde está prohibido utilizar preembriones para investigación con hESC (Irlanda, Austria, Noruega), aunque un peldaño por debajo del grupo de países donde se pueden generar preembriones con fines únicos de investigación (Reino Unido, Bélgica, Israel, Singapur).

⁶⁰Instituto Universitario Dexeus de Barcelona sobre la opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados cinco años de su congelación. Servicio de Medicina de la Reproducción, Departamento de Obstetricia y Ginecología, 3 de enero de 2001, (Asensio et al., 2001). <http://www.elsevier.es/es-revista-progresos-obstetricia-ginecologia-151-pdf-S0304501301756440-S300>

legal. Después de estos resultados, se consultó a las parejas si estarían dispuestas a aceptar alguna de las siguientes opciones no legalmente admitidas, respondiendo afirmativamente: 31,5% de las personas destinarían sus preembriones sobrantes a la investigación, un 43,8% decidirían proceder a su destrucción.

En base a los resultados, independientemente de la posición personal que adoptemos al respecto, podemos apreciar en todo caso, que nuestra legislación no se adapta a las necesidades de la población ya que al 31,5% no les complace las opciones legales propuestas. Además, podemos ver cómo puede variar la concepción de los derechos del preembrión ya que, las propias parejas se plantean en un 43,8% su destrucción inmediata, sin contemplarlo como una posible futura vida humana.

En mi opinión, nuestra regulación al respecto necesita una reforma fundada en los rápidos avances tecnológicos y el aumento masivo que hemos sufrido en los últimos años de la utilización de todas las técnicas de reproducción humana asistida, incrementando el problema de manera considerable. Esta reforma, bajo mi punto de vista, debería ir destinada a fomentar la investigación científica, ya que, a través de esta vía, podríamos avanzar de manera eficaz pudiendo lograr un menor número de preembriones obteniendo, en su caso, los mismos resultados, ayudando así, a su vez, a minorar el problema existente. Además, no podemos obviar, que actualmente, la mayoría de preembriones están siendo destruidos o almacenados por los centros de manera masiva sin poder aprovechar tal producción.

De igual manera, pienso que no sería acertado permitir la creación de embriones con fines de investigación, como en el caso de Reino Unido, ya que esto podría considerarse una mercantilización de dichos embriones. A lo anterior se sumaría la situación de preembriones ya creados que simplemente se destruyen, parece innecesario admitir la producción de los mismos con el único fin de la investigación.

4.3. CONCEPTO DE EMBRIÓN Y PREEMBRIÓN

El concepto jurídico de embrión, que no tiene por qué coincidir con el concepto socio-cultural, adquiere suma importancia a la hora de hablar del DGP. Esto se debe a que, como vamos a comprobar más adelante, muchas de las posturas ideológicas, para aceptar o rechazar el DGP, se basan en esta delimitación de cuándo estamos ante un embrión y cuándo ante un preembrión. Cuestión diferente es si consideramos que un

preembrión o un embrión, ambos dos, ninguno, o uno sí y el otro no, poseen los mismos derechos que ostenta un individuo tras su nacimiento. Todas estas cuestiones forman parte de la ideología o postura que cada uno individualmente afronte frente al DGP, cuestión que ahora no nos atañe, ya que vamos a diferenciar los conceptos jurídicos sin detenernos en las cuestiones sociales.

En la exposición de motivos de la LTRHA de 2006⁶¹, en concreto en el número II, resuelve esta controversia, a causa de la cantidad de problemas que se habían producido anteriormente en este ámbito. Define preembrión como “*el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva de ovocito desde que es fecundado hasta los 14 días*”⁶². Por tanto, a partir de esos 14 días, estaríamos ante un embrión, y, en consecuencia, desde la fecundación hasta que transcurran esos días ante un preembrión.

Esta definición, concuerda con la atribuida en la ley de interrupción del embarazo⁶³, obteniendo así una coherencia en el conjunto del ordenamiento jurídico español en cuanto a este concepto. A pesar de ser una ley posterior en el tiempo a la LTRHA, es en ella dónde se encuentran los fundamentos claves para la imposición del límite de los 14 días, solucionando, además, otros debates controvertidos en nuestra sociedad.

Afirma, por un lado, que “*los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la CE*”⁶⁴, sin embargo, esto no significa que estén privados de toda protección constitucional, pero hay que atender a las especialidades que supone esta condición. Aclaración que disipa las múltiples dudas acerca de los derechos que ostentan los preembriones y los embriones respecto de un niño recién nacido. Dejando clara la regulación, en concordancia con la doctrina del Tribunal Constitucional⁶⁵, que quiere aplicar el legislador en nuestro país, independientemente de las posturas doctrinales que sigan defendiendo la equiparación de derechos en todos los estados de desarrollo prenatal.

⁶¹Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE num.55, de 4/03/2010).

⁶⁴ STC 116/1999, de 17 de junio, (ECLI: ES: TC: 1999:116).

⁶⁵ *Ibidem*.

Por otro lado, el fundamento básico para la instauración de este límite temporal, está basado en que, según la comunidad científica y los estudios de las unidades de neonatología⁶⁶, sitúan en este momento del embarazo el umbral de la viabilidad fetal en la semana vigésimo segunda de gestación⁶⁷. Admitiendo así, la interrupción general del embarazo hasta la semana catorce, que es a partir de la cual, es considerado embrión, y luego, a partir de la semana vigésimo segunda, cuando ya es considerado como embrión, se permite en estas dos circunstancias: “*que exista grave riesgo para la vida o la salud en embarazada*”, o “*que exista riesgo de graves anomalías en el feto*”.

Más allá, de la vigésima segunda semana, donde el embrión ya está en una fase avanzada de desarrollo, se permite sólo en supuestos muy excepcionales: “*cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida*”, o “*se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirma un comité clínico*”.

Como en todos los ámbitos jurídicos siempre hay opiniones antagónicas, como en este caso Juan Ramón Lacadena⁶⁸, considera, a partir del Informe Warnock⁶⁹ de los años ochenta, que biológicamente no tiene sentido decir que el preembrión es un embrión en los 14 primeros días de desarrollo previos a su implantación en el útero materno, puesto que el prefijo “pre” indica que algo es anterior a algo (“anterioridad local o temporal”, según el diccionario de la Real Academia Española, 2001). Por tanto, a su juicio, hay una contradicción interna al afirmar que un embrión en una determinada fase del desarrollo no es un embrión, sino un preembrión.

Como no podía ser de otra manera, esta cuestión también fueron fruto de debate en el ámbito europeo, pronunciándose el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una

⁶⁶Asebir: “*Criterios de valoración morfológicos de ovocitos, preembriones tempranos y blastocistos humanos propuestos por asebir*”, José Luis Cortés, 13 de junio de 2008.

⁶⁷Según el Informe de EthicsAdvisoryBoardDepartment of Health, Education, and Welfare (1979), del 4 de mayo de 1979, el embrión humano, en los primeros días, es solo una forma incipiente de vida humana, con una elevada mortalidad natural, y no un individuo, pues la aparición de la “línea primitiva” es uno de las condiciones fundamentales de la individuación del embrión.

⁶⁸Lacadena, J.R: La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, consideraciones científicas y éticas. Rev. Der. Gen. H., 24:157-184, 2006.

⁶⁹El Informe Warnock es un documento elaborado por la Comisión de Educación británica en el año 1978 referido a las necesidades educativas especiales de los niños.

Sentencia sobre las patentes de células troncales embrionaria, a propósito de un informe jurídico sobre patentes: “*El concepto y dignidad del embrión humano*”⁷⁰.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, le tribunal hace una serie de aclaraciones que debemos tener en cuenta. Por un lado, afirma la naturaleza exclusivamente jurídica de esta pretensión y la imposibilidad de realizar una valoración inmutable de esta situación, ya que, debido a los avances científicos pueden hacer cambiar la valoración jurídica en el futuro. De igual manera, justifica la inminente necesidad de armonizar el concepto de embrión humano por las claras y enormes divergencias que estaban siendo llevadas a cabo en cada Estado.

Una vez realizadas estas declaraciones el Tribunal⁷¹ concluye así: “*Constituye un “embrión humano” todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el 9 núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis* “

En conclusión, vemos como esta problemática ya ha sido solucionada por nuestro legislador, que, independientemente de que la postura adoptada nos parezca más o menos correcta, aporta claridad y seguridad jurídica a la concepción de embrión en España. Dejando claro así, que el preembrión será hasta la semana 14 de embarazado, y a partir de este momento, será considerado embrión hasta su nacimiento. Aclarando, de igual manera, que ninguno de los dos tiene los mismos derechos que un niño ya nacido, pero que no quiere decir que carezcan de todos ellos, ponderando en cada caso concreto, sobre todo, con la injerencia en los derechos de otras personas, como suelen ser los derechos de los padres.

Matizando también, que un embrión ostenta más derechos que un preembrión, ya que, como preembrión su derecho a la vida resulta infravalorado frente al derecho de decisión de una madre de tener hijos, mientras que, en el caso del embrión, la situación

⁷⁰Lacadena, J.R.: “*Revista de Derecho y Genoma Humano*”, 35:145-180, 2011.

⁷¹Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE), de 18 de octubre 2011, Asunto C-34/10, Brüstle contra Greenpeace (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof, Alemania).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddace1b93ff91140579addcb11d16b2ba6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNchz0?text=&docid=81836&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=611090>

cambia, y el derecho a la vida está mucho más protegido, permitiéndose sólo el aborto en situaciones tasadas y cada vez más excepcionales.

De igual manera, debemos de considerar el abandono de la utilización de éste término de “preembrión” por la comunidad científica⁷², aunque siga siendo indispensable para la calificación y atribución de derechos tanto al recién nacido, al embrión, como al preembrión, en los diferentes ordenamientos.

5. POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA DEL DGP

Como es evidente, en la sociedad multicultural en la que vivimos, hay opiniones de todas las clases, unas más comprensibles que otras, pero todas ellas siempre respetables. Esta concepción de la realidad según los diferentes tipos de ideología o creencias nos atañe de manera jurídica, debido a que, todas ellas, influyen de manera directa en nuestro legislador, y, por tanto, en la regulación española del DGP y sus posibilidades futuras de reforma.

Existen posturas muy marcadas en nuestra sociedad respecto a estas cuestiones sociales que están actualmente en pleno auge. Una de ellas, es la concepción moral de que un embrión in vitro debe protegerse como una vida humana. Esta consideración defiende que desde que el ovulo es fecundado, ya estamos ante una persona. Por tanto, los embriones son merecedores de los mismos derechos que todas las personas.

Esta concepción coincide con la opinión teleológica⁷³ de la Iglesia Católica⁷⁴ basada en que el embrión humano desde el mismo momento de su concepción goza del estatus

⁷²El informe ético de 2001 de la European Society for Human Reproduction & Embryology (ESHRE) descarta este término de preembrión porque “*a veces se ha entendido como un intento de rebajar el valor simbólico del embrión*”. La palabra “preembrión” ya casi no aparece en informes recientes. En la literatura científica y bioética ha habido una disminución gradual de la frecuencia con que se utiliza. Debido a que fue un nuevo concepto acuñado a partir de datos aparentemente científicos, en un intento de justificar la destrucción y utilización de embriones humanos sin la exigencia de respeto incondicional hacia ellos. Una vez que este objetivo se logró, el término se ha ido abandonando poco a poco. *Cívica: “La trampa del Lenguaje. Éxito y mutis del preembrión”*, 11 de abril de 2013. <http://civica.com.es/bioetica/la-trampa-del-lenguaje-exito-y-mutis-del-preembrion/>

⁷³ La teleología es la doctrina que atiende a las causas finales. Así, es denominada finalista, ya que trata de desentrañar cuál es la finalidad perseguida por la norma o actuación.

⁷⁴ Abellán, F: “*Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)*”, Revista de la Escuela de Medicina Legal, septiembre de 2006, p. 19.

moral universal que poseemos todos los humanos y, por tanto, del derecho a su plena integridad física.⁷⁵

Además, encontramos la Congregación para la Doctrina de la Buena Fe⁷⁶, ligada a la Iglesia Católica, que defiende que el DGP es similar o que se puede equiparar a un aborto selectivo, ya que mide el valor de la vida humana siguiendo sólo parámetros de “normalidad”, y que todo esto abre el camino a la legalización clínica del infanticidio y la eutanasia.

Sin embargo, basándonos en la Instrucción *Donum Vitae* de 1987⁷⁷, se admite que se puedan realizar intervenciones en el embrión siempre y cuando sea para la mejora de la salud o la propia supervivencia. De esta forma se abre así la concepción cerrada o inmóvil que podría captarse de las ideas propias de la Iglesia católica. Aun así, no admiten de manera general el DGP por poner en peligro la vida e integridad del embrión, argumento que puede parecer de difícilmente sostenible.

En el caso del protestantismo⁷⁸, vemos una consideración similar a la anteriormente expuesta, esta se centra en el valor de la vida y la dignidad que derivan de la voluntad de Dios, y como tal, debe ser en todo caso respetada.⁷⁹

El islam⁸⁰, considera, de manera peculiar, el surgimiento de la vida y de la persona cuando “Dios infunde el alma en el cuerpo”, produciéndose a los cuarenta días de la fecundación, y para otros a los ciento veinte días, y produciéndose en ese momento la

⁷⁵ La Iglesia Católica, según las estadísticas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), mantiene actualmente en el 2018, que el 67.4% de los españoles se consideran católicos.

⁷⁶ Congregación de la Doctrina de la Buena Fe: La Congregación para la Doctrina de la Fe es un órgano colegiado de la Santa Sede cuya función, custodiar la correcta doctrina católica en la Iglesia. Esta congregación es la sucesora de la antigua Sagrada Congregación de la Romana y Universal Inquisición.

⁷⁷ Instrucción *Donum Vitae* de 1987. JUAN PABLO II, «Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación». Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe 1987. Y Encíclica *Evangelium Vitae* 1995. Domingo, M.: *Las técnicas procreativas y el Derecho de familia. Incidencia de la reproducción asistida en el matrimonio canónico*, Ed. Civitas, 1ª edición, 2002: pp.28 y ss.

⁷⁸ Abellán F: “*Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)*”, Revista de la Escuela de Medicina Legal, septiembre de 2006, p. 19.

⁷⁹ El protestantismo no deja de ganar peso en España, sobre todo durante los últimos diez años, habiendo en 2014 la suma de 2103 Iglesias Evangélicas en España. Betin. F: El País: “*El número de Iglesias Evangélicas se duplica en 10 años*”, Sección Sociedad, publicado el 12 de junio de 2014, https://elpais.com/sociedad/2014/06/12/actualidad/1402606692_853823.html

⁸⁰ En el año 2017 se han registrado 1.95 millones de musulmanes según los datos recogidos por la Unión de Comunidades Islámicas de España (CIE). Representando así, los musulmanes, el 4% de la población española: Europa Press: “*Crece un 1.4% la población musulmana en España hasta los 1.95 millones*”, Sección Sociedad, 13 de febrero de 2018.

<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-crece-14-poblacion-musulmana-espana-195-millones-20180213191550.html>

aparición de la nueva vida. Antes del transcurso de esos días, la vida del embrión pertenece única y exclusivamente a los progenitores que pueden autorizar las intervenciones que consideren necesarias al feto, conduciéndose así a una concepción más flexible y abierta del DGP⁸¹.

En cuanto al judaísmo, la doctrina respecto del origen de la vida se basa en el Talmud⁸², afirmando que “el alma penetra en el cuerpo en el día cuarenta después de la concepción”. Antes del este momento, según la concepción más antigua del judaísmo es “simple agua”. Sin embargo, afirman que la santidad de la vida humana, con valor absoluto e infinito, surge realmente con el nacimiento. En conclusión, aceptan el DGP y demás intervenciones al embrión siempre y cuando exista una razón medica valida.

Por tanto, como conclusión y resumen de la concepción ética que proyectan las religiones más importantes en la sociedad española frente al DGP, las que tienen una mayor reticencia u objeciones de aplicación, son la Iglesia Católica y Protestante, mientras que, en la religión islámica y judía, a pesar de lo que se podría pensar en un principio, tienen una concepción mucho más abierta y permisiva a la hora de realizar esta técnica.

Dejando a un lado la visión de las religiones, entramos en el análisis de la concepción de la existencia de una condición moral gradual del embrión. Esta vertiente, defiende, que se pueden diferenciar etapas cualitativamente diferentes para considerar al embrión merecedor de unos derechos u otros. Esta tesis ha influido en gran medida en la legislación de muchos países europeos, incluida la de España, para establecer plazos en los cuales se pueden realizar ciertas intervenciones al feto⁸³, y cuales a partir de cierto tiempo quedan vetadas debido al estado avanzado del embrión. Un claro ejemplo sería la regulación sobre el aborto.

⁸¹Abellán, F.: “Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)”, Ob. Cit, p.19.

⁸² Talmud: obra que recoge principalmente las discusiones rabínicas sobre leyes judías, tradiciones, costumbres, narraciones y dichos, parábolas, historias, leyendas.

⁸³Como realiza la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, permitiendo la interrupción del embarazo hasta la semana 14 de gestación, y posteriormente, entre la semana 14 y 22 en casos tasados y excepcionales, normalmente en los que hay una enfermedad hereditaria grave o un gran riesgo para la gestante.

Destaca la participación del filósofo alemán Habermas⁸⁴, quien a través de su teoría establece la diferencia entre la “inviolabilidad de la vida”, propia de todas las personas; la “indisponibilidad de la vida”, que se atribuye al feto y al embrión. Siguiendo esta línea, para el autor, la inviolabilidad es absoluta, mientras que la indisponibilidad goza de cierto carácter abierto de manera gradual.

En conclusión, esta postura es intermedia, entre los que opinan que el embrión es una persona con pleno derecho desde su creación, y los partidarios de considerarlo como individuo únicamente pasado el nacimiento del mismo, aboga por comprender que la situación del embrión no es comparable a la de una persona, entendiendo a la persona como ser humano ya nacido, y las exigencias de respeto y dignidad, que se consideran que mínimamente debe poseer un embrión.

Por último, cabe destacar la posición llamada de manera general como “naturalista”, alineada con el pensamiento utilitarista⁸⁵ anglosajón. Esta concepción resalta por la despreocupación de los aspectos deontológicos y la fe ciega en los descubrimientos científicos. Los partidarios de esta línea de argumentación, consideran al embrión como un conjunto de células que no merecen especial protección, ya que no forma parte de ninguna categoría moral específica, pero tampoco es un producto de propiedad de los progenitores, no pudiendo actuar estos con total libertad sobre el embrión. Una de las grandes críticas realizadas a esta postura se basa en la sujeción de la siguiente premisa “*la persona no nace, se hace*”.

Uno de los grandes seguidores de esta concepción es el filósofo australiano Peter Singer⁸⁶, que sostiene que “*la vida de un embrión humano no cuenta con mayor valor que la vida de un animal no humano*”.

⁸⁴Habermas, J: “*El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*”, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002, pp.51-63.

⁸⁵ Doctrina ética que establece que la mejor acción es la que maximiza la utilidad. Esta "utilidad" se define de varias maneras, generalmente en términos del bienestar de los seres humanos. El utilitarismo es una versión del consecuencialismo, que establece que las consecuencias de cualquier acción son el único estándar del bien y del mal. A diferencia de otras formas de consecuencialismo, como el egoísmo, el utilitarismo considera todos los intereses por igual. Esta teoría no nos dicta únicamente cómo proceder ante diferentes disyuntivas, sino que, incluso, nos dice sobre qué problemas pensar. Los problemas que toma en mano van más allá de las consecuencias a un futuro a corto plazo, sino que considera las consecuencias para personas que todavía no existen, ya que nuestras acciones tienen un impacto potencial en estas.

⁸⁶ Singer, P: “*Una vida ética*”. Escritos, Ed. Taurus, 2002, pp.193-198.

Otras opiniones contrarias a esta técnica, aunque no de manera tan radical como la anterior, se basan en la mercantilización del “bebe medicamento”⁸⁷, alegando que la creación de dicho bebe es contraria al imperativo categórico de Kant⁸⁸. Fundamentado en que la finalidad de “creación” del bebe es la formación de los tejidos que puedan salvar a su hermano, y consecuentemente, según los defensores de esta tesis, va contra la dignidad humana, ya que como ser humano su existencia no puede estar condicionada en ser uso de otras personas. Concluyendo así con la inmoralidad absoluta de esta técnica y sentenciando que “*lo que se está creando no es un niño sino una mercancía*”.

También existen fundamentos basados en la ruptura del principio de autonomía por el “bebe medicamento”, viéndose mermada su capacidad de autogobierno, definida como “*capacidad del individuo para actuar libremente de acuerdo con su plan autoescogido*”⁸⁹, ya que su material genético ha sido modificado, además, como una finalidad preexistente claramente establecida, que es salvar a su hermano.

En esta línea, por un lado Feinberg⁹⁰, habla del derecho de los niños a un futuro abierto, que colisiona con la obligación de los padres de tomar las medidas necesarias que puedan salvar a su hijo enfermo. Además, la proyección que pueden realizar los padres sobre lo que es mejor para sus hijos puede no coincidir con lo que sus hijos, sin capacidad jurídica de decisión no alcanzada hasta sus dieciocho años, vean mejor para sí mismos. Por otro lado, Habermas⁹¹, subraya el derecho del individuo a no sufrir manipulaciones en su acervo genético, ya que en los casos de manipulación biológica supone una pérdida de la “indisponibilidad moral”, que es producida para el beneficio de un tercero en detrimento del embrión fecundado in vitro, privándole de la incertidumbre de los embriones no programados o manipulados que puede afectar notablemente a su vida futura, tanto en sus características físicas, personales, como también en su manera de desarrollarse y concebir el mundo en el que vivimos.

Independientemente de todo lo anterior, encontramos las posturas ideológicas que aceptan el DGP, y que, en general, todas giran en torno a la ponderación de dos

⁸⁷ Pinto Palacios, F:” *Nacidos para salvar: Un estudio ético-jurídico del bebe medicamento*, Dykinson, 2017, p.152.

⁸⁸ Imperativo categórico de Kant: mandamiento autónomo y autosuficiente, no dependiente de ninguna religión ni ideológica, capaz de regir el comportamiento humano en todas sus manifestaciones.

⁸⁹ Pinto Palacios, F:” *Nacidos para salvar: Un estudio ético-jurídico del bebe medicamento*”, Ob.Cit.,p.157.

⁹⁰ Feinberg, J: “*The Child’s Right to an Open Future*”, W.Aiken&H.LaFollete (Eds.), in “*Whose child? Childre’s rights, parental authority and state power*”, Totowa, NJ: Rowman& Littlefield, pp.124 y ss.

⁹¹ Habermas, J: “*El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?*”. Ob.Cit, pp. 51-63.

principios⁹². Por un lado, el principio de beneficencia procreativa, es decir procurar la mejor situación o características para el niño creado; y por otro, el principio de autonomía procreativa, por el cual la pareja progenitora puede decidir en la condición del niño según sus propios intereses.

Este debate ético que da lugar a la separación de ambos principios, surge a partir de un caso concreto norteamericano⁹³ relativo a una familia en la que sus miembros padecían sordera y pretendían que, al igual a que ellos, su hijo también lo fuera. Todo ello a pesar de la desventaja obvia que esto significa para el futuro de su hijo. Esta situación nos lleva a plantearnos si es lícito que los padres decidan sobre las características de sus hijos o, por el contrario, debe primar el interés general del menor.

Obviamente, en España, según el conjunto de valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico, por encima de todo, siempre prima el interés superior del menor, el cual debe ser tutelado en todo momento no admitiéndose esta manipulación genética sin justificación médica.

6. DGP EN ESPAÑA

Loprimero que percibimos a la hora de analizar el DGP en España, es la dificultad a la hora de obtener información, ya que, carecemos de un registro que se encargue de llevar un informe de los casos que se han producido, y aún más importante, de las enfermedades en las que se ha permitido el uso de esta técnica. Por tanto, la información referida a los casos producidos en España, no la podemos obtener de otro modo que no sean noticias de prensa.

Basándonos, como he dicho, en la prensa española, podemos afirmar que desde 2006 sólo se han producido cinco casos⁹⁴ de DGP en España.

El 12 de octubre de 2008, nació Javier⁹⁵, el primer niño nacido a través del DGP en España, en la Unidad de Genética, Reproducción y Medicina Fetal del Hospital Virgen

⁹² Aznar, J:” ¿Es ético producir niños discapacitados?” en “*Diagnóstico genético preimplantacional y diagnóstico prenatal. Amniocentesis*”, Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, San Vicente Mártir.

<http://www.observatoriobioetica.org/fondo-documental-2/inicio-de-la-vida/diagnostico-genetico-preimplantacional-y-diagnostico-prenatal-amniocentesis>

⁹³Rodríguez, P: ABC: “*Una pareja de lesbiana dispara el debate de los “bebés diseño”*” Hemeroteca, 14 de abril de 2002.

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-14-04-2002/abc/Sociedad/una-pareja-de-lesbianas-sordas-dispara-el-debate-de-los-bebes-de-dise%C3%B1o_91916.html

⁹⁴Díaz, B: Diario “El Mundo”: “*Sólo cinco ‘bebés salvadores’ han nacido en España desde 2006*”, Sección Salud, publicado el 2 de noviembre de 2015. <http://www.elmundo.es/salud/2015/11/02/56177e4fe2704e49538b4628.html>

del Rocío de Sevilla. Nació con la finalidad de salvar a su hermano Andrés, que padecía una anemia congénita severa, enfermedad hereditaria, que se trató realizando trasplantes de sangre del cordón umbilical de su hermano sano, modificado genéticamente.

Más adelante, en 2011, nacieron Leire y Noa⁹⁶, dos gemelas modificadas genéticamente para salvar a su hermano Izan, de once años, que sufría una enfermedad neurológica, llamada adrenoleucodistrofia (ALD)⁹⁷. Esta enfermedad sólo puede ser tratada a través de trasplantes de médula de un donante compatible, en este caso de sus hermanas, dada la dificultad consistía en encontrar otra persona compatible sin que comparta los mismos genes. Esta enfermedad, fue diagnosticada cuando Izan tenía nueve años, planteándose los familiares el uso de esta técnica, una vez fracasada la búsqueda de donantes entre familiares o a través del Registro Español de Donantes de Médula Ósea⁹⁸.

El procedimiento se llevó a cabo, por un lado, se basó en la fecundación in vitro realizada en la clínica IVI de Barcelona, y en la selección de los embriones compatibles, desarrollada en el Hospital Sant Pau de Barcelona.

También encontramos el caso de Estrella⁹⁹, una niña concebida en la Unidad de hematología del Hospital Virgen del Rocío de Sevilla. Su hermano mayor, padece síndrome de Shwachman-Diamond, una patología muy desconocida, que necesita para su curación un trasplante del cordón umbilical de su hermana.

Realmente investigando este caso, confirmo lo mencionado anteriormente, y es la dificultad para obtener información de calidad, ya que, algunos periódicos sitúan este supuesto en concreto, como el segundo caso de DGP en España, otro como tercero, y,

⁹⁵RTVE: "Nace en España el primer el bebé "medicamento" que puede salvar a su hermano", Sección Noticias, Ciencia y tecnología, 14 de octubre de 2008.

<http://www.rtve.es/noticias/20081014/nace-espana-primer-bebe-medicamento-puede-salvar-su-hermano/177528.shtml>.

⁹⁶Prats, J. El País: "Las gemelas Noa y Leire curan a su hermano Izan", Sección Sociedad, 13 de julio de 2012, https://elpais.com/sociedad/2012/06/13/actualidad/1339587644_743879.html

⁹⁷La adrenoleucodistrofia (ALD) es una enfermedad hereditaria transmitida por el cromosoma X. Produce una desmielinización intensa y la muerte prematura en niños, se asocia a una neuropatía mixta, motora y sensorial, con paraplejía espástica en los adultos. Ambos procesos cursan con niveles circulantes elevados de ácidos grasos de cadenas muy largas que provocan insuficiencia suprarrenal.

⁹⁸El Registro de Donantes de Médula Ósea (REDMO), fue creado por la Fundación Josep Carreras en el año 1991 con el objetivo de lograr que todos los pacientes que precisaran de un trasplante de médula ósea para su curación, y carecían de un donante familiar compatible, pudieran acceder al mismo mediante la donación de un voluntario no emparentado. Fundación Josep Carreras contra la Leucemia, 24 de mayo de 2018, <http://www.fcarreras.org/es/redmo>

⁹⁹Morillo, S: El Confidencial: "Nace el tercer 'bebé medicamento': salvará a su hermano con un trasplante de médula", Sección Andalucía, publicado el 13 de octubre de 2017. https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2017-10-13/nace-el-tercer-bebe-medicamento-salvara-a-su-hermano-con-un-transplante-de-medula_1460553/

además, con algunas incompatibilidades en la información proporcionada. Lo anterior puede derivar, como ya he dicho, en una falta de un registro que permita llevar un seguimiento informativo, o en algunos casos, fruto del interés, totalmente plausible, de los padres al anonimato.

En consecuencia, sobre los otros dos casos, que se supone que se han dado en España, no aparece información, probablemente debido a que los primeros fueron más sonados, a causa de la novedad en nuestra sociedad de poder llevar a cabo esta técnica.

Otro de los factores que se deben tener en cuenta antes de realizar un DGP en España, es el precio. Oscila entre 3.000 a 4.000 euros¹⁰⁰. Precio bastante excesivo teniendo en cuenta que no es un tratamiento médico que se realice a elección de los padres sino viene determinado para salvar una vida, y que con estos precios no todo el mundo va a poder permitírselo.

Contrastando la información con el centro de medicina reproductiva IVI, uno de los más conocidos en España, vemos como en su página web se explica de forma detalla el procedimiento, e incluso, cosa que no es frecuente se establece un listado de enfermedades que pueden ser susceptibles de sanción por medio del DGP. Se establece el precio de otras técnicas, pero no del DGP, a pesar que se ofertan en la página al igual que las siguientes que voy a mencionar con sus respectivos precios para poder realizar una comparación: FIV 4.995 €; FIV plus 7.995€; Ovo donación 7.295€; Inseminación artificial 795€; y Preserva 2.690€. Todos estos precios son iniciales, puesto que luego se pueden incrementar dependiendo de los casos. La clínica tiene programas de financiación para que los progenitores no tengan que realizar el pago total de la técnica en el momento inicial.

Estos gastos pueden ser cubiertos en parte, por la Seguridad Social, dependiendo de la Comunidad Autónoma en la cual residan los progenitores. Por ejemplo, en la Comunidad Foral de Navarra¹⁰¹ se ha destinado en el 2017 la cifra de 284.260€ para realizar DGP y se propone internalizar la técnica para el 2018.

¹⁰⁰ Ovulos.net. “Donar y encontrar Clínicas de Fecundación In Vitro y Reproducción Asistida”, <https://ovulos.net/diagnostico-genetico-preimplantacional/>

¹⁰¹ Noticias de Navarra. “Salud destina 284.260€ para realizar el DGP en 2017”, Sección Sociedad, 22 de julio de 2017.

<http://www.noticiasdenavarra.com/2017/06/22/sociedad/navarra/salud-destina-284260-euros-para-realizar-el-dgp-en-2017>

7. INFRACCIONES Y SANCIONES

El incumplimiento de lo establecido en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, conlleva una serie de infracciones que pueden ser leves¹⁰², graves¹⁰³ o muy graves¹⁰⁴(artículo 26 LTRHA) y que llevan aparejadas unas sanciones. Estas sanciones siempre van a conllevar una multa económica¹⁰⁵, las cuales podrán consistir en una cantidad mayor o menor dependiendo de la calificación de tal infracción como leve, grave, o muy grave. Cuando estamos ante una sanción muy grave se puede acordar la clausura del centro¹⁰⁶ en el cuál se ha realizado la infracción (artículo 27 LTRHA).

Para imponer estas infracciones debemos a saber a quién podemos imputarle la realización de estas conductas. Esta cuestión viene resuelta por la misma ley en el artículo 25. Se establece

¹⁰² Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.

¹⁰³ La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas. La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias. La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso. La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual. La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidos en esta Ley. La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6. La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3. La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas. La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo. La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas. El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

¹⁰⁴ Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado criopreservados. La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2. La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización. La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley. La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora. La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres. La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos. La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles. La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos. La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.

¹⁰⁵ Cuando sean leves la multa será de hasta 1.000 euros, las graves consistirán en una multa de 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las graves desde 10.001 euros hasta 1.000.000 euros.

¹⁰⁶ De acuerdo con el artículo 37 de la Ley General de Sanidad, no se considerará como sanción cuando el centro no cuente con las autorizaciones necesarias para su establecimiento.

que de dichas infracciones será responsable el autor, cuestión un tanto problemática porque en ningún lugar viene determinado quién es el mismo. Con dicha redacción, no sabemos si se puede considerar que la persona que se beneficia de la técnica puede considerarse autora de la misma, o si, sólo puede ser considerada responsable la persona que realiza la infracción, el centro en su conjunto, o ambos. La única cuestión que resuelve es que *“los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos”*.

Debemos de analizar a su vez, la relación existente entre el centro que realiza la técnica y el cliente. Si consideramos esta relación, como una obligación de medios¹⁰⁷, podría considerarse únicamente en las situaciones en las que éstas técnicas se utilización exclusivamente para paliar infertilidades o una patología previa que impida tener hijos, al menos, a una de las personas de la pareja. Esta opción sigue el razonamiento de que la infertilidad puede causar en una persona un sentimiento de angustia. En consecuencia, iría en contra del derecho a una descendencia y a formar una familia, que se va introduciendo ya en nuestra sociedad, teniendo por tanto los médicos la obligación ética de buscar solución a estas enfermedades.

En cambio, también podemos considerarlo una obligación de resultado, ya que si realizamos una de estas técnicas en una mujer o en una pareja capaz de tener sus propios hijos estaríamos dentro ya de una *“medicina satisfactoria”*¹⁰⁸. Puede que esta situación parezca poca ajustada a nuestra realidad social por la escasa frecuencia de acudir a TRHA en los casos en que se pueden tener de manera natural hijos biológicos.

Por último, podemos estar ante la concepción de las TRHA como técnicas coadyudantes¹⁰⁹, postura mucho más adecuada a la naturaleza del DGP, ya que no existe la imposibilidad biológica pero ayuda a dar unas garantías de dignidad y viabilidad a los futuros hijos de una pareja.

De acuerdo con el tipo de sanciones establecidas y de la naturaleza de las infracciones, consideramos que la responsabilidad es imputada al centro médico que la realiza la TRHA y no al particular, ya que, por ejemplo, en las infracciones muy graves, la máxima sanción es la clausura del centro médico.

¹⁰⁷ Warnock, M: *“Guía ética para personas inteligentes”*, Turner, 1998, p.61.

¹⁰⁸ Roca Trías, E.: *“La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”* en *La Filiación a finales del siglo XX*. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1988, pp. 34 y 35.

¹⁰⁹ Pinto Andrade, C.: *“La responsabilidad civil medico sanitaria derivada de las técnicas de reproducción asistida”*, Revista de Derecho Patrimonial num.23/2009, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2009.

Pero para realizar tal afirmación, debemos analizar la responsabilidad civil médica a través de dos ideas fundamentales, que se extraen de la posición doctrinal que ha mantenido siempre el Tribunal Supremo. Por un lado, se rechaza toda asunción de una responsabilidad objetiva¹¹⁰ por parte de los médicos, ya que, y cito al Tribunal Supremo: “*El médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica...*”¹¹¹. Con todo esto, la víctima deberá probar la falta de diligencia del médico para poder reclamar así algún tipo de responsabilidad.

Sin embargo, sí que se ha realizado una interpretación jurisprudencial *pro damnato* realizando una presunción de culpa por parte del personal médico en los casos en los que se produzcan unos daños desproporcionados, provocando así una flexibilización y relajación de la carga probatoria por parte de la víctima.

En cuanto a la responsabilidad médica en la TRHA, en concreto, no escaparía en principio de las reglas normales propias de la responsabilidad civil, pero, como todavía no existe jurisprudencia al respecto, ya que el Tribunal Supremo no ha tenido que pronunciarse, desconocemos si se va a dar la misma flexibilización respecto de la responsabilidad médica en general y si se van a asentar los mismos criterios. Ciertamente es, que los procesos médicos de técnicas de reproducción asistida tienen unas características especiales, ya que en muchos casos son técnicas novedosas, y cuanto más nueva es la actividad médica que se realiza menos exigencias pueden realizarse respecto del personal sanitario.

Como he dicho, solo podemos guiarnos por la opinión de la doctrina hasta el momento, y en este caso, encontramos posturas divididas. Por un parte, hay un sector doctrinal que defiende la instauración de una responsabilidad civil objetiva en los siguientes casos¹¹²: se califica las TRHA como una medicina de resultado creando así una obligación por parte del médico realizador de la técnica; sancionar la falta de información; la violación del secreto profesional; la ausencia de consentimientos informados; el incumplimiento de la realización de la Historia Clínica; y la falta de equipamiento y medios necesarios en los centros médicos. Aunque podríamos plantearnos si realizando estas actuaciones descritas anteriormente podemos seguir hablando de una responsabilidad objetiva y no subjetiva versando culpa o negligencia.

En cambio, hay autores que tienen una mayor consideración a la novedad que todas estas técnicas aportan y al análisis de las posibilidades de éxito de cada caso, no considerando así esta

¹¹⁰STS de 13 de julio de 1987, ponente Jaime Santos Briz, num. 471.

¹¹¹Esta doctrina ha tenido su consagración legal en los regímenes regulados en el art.141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y por el art.28 de la Ley General de Consumidores y Usuarios (LGCU).

¹¹²Carcaba Fernández, M.: “*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*”, Bosch, 1995, p.175.

rama de la medicina como una obligación de resultado sino más bien como una técnica coadyudante¹¹³, flexibilizando por tanto la responsabilidad objetiva de los médicos que estamos analizando.

Por otro lado, la potestad para sancionar¹¹⁴ estas conductas esta derivada a los órganos competentes de las comunidades autónomas, las cuales realizaran tanto el control, la inspección, además de la instrucción y enjuiciamiento de los expedientes sancionadores.

Hay que apreciar que esta regulación sancionadora puede ser considerada muy efectiva, ya que no es frecuente que se den casos de infracciones muy graves por los centros médicos, ya sean privados o públicos, por el riesgo o el miedo de clausura del centro.

7.1. DIFERENCIACION CON LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

Cuestión importante y controvertida, es la delimitación entre las anteriores infracciones y los delitos tipificados en el Código Penal¹¹⁵ bajo la rúbrica de “Delitos Relativos a la Manipulación Genética” del Título V¹¹⁶.

La primera intervención del legislador en este ámbito de produjo con el Código Penal de 1995¹¹⁷, siendo precedida por la aprobación de leyes extrapenales¹¹⁸ que fijaban así un marco jurídico dentro de la biotecnología. Pero debemos hallar, cuál fue la necesidad que motivó o justifico la intervención en esta materia a través del instrumento punitivo penal. Para ello, debemos analizar cuáles son los bienes jurídicos que protegen estos delitos. Cuestión que no es fácil de resolver, ya que el bien protegido no es la vida humana porque esta se encuentra ya protegida con penas relativas a delitos como el aborto o el de lesiones al feto¹¹⁹. Así, lo expone Valle Muñiz determinando que estos nuevos delitos “*alcanzarán relevancia penal en la medida que pongan en peligro bienes jurídicos que trasciendan su propia configuración*”.

¹¹³Pantelón Prieto, F.: “Procreación artificial y responsabilidad civil” en *La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1988.

¹¹⁴ Artículo 28 LTRHA:” *Los órganos competentes de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción y resolución de expedientes sancionadores.*”

¹¹⁵Código Penal y Ley del Menor, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, actualizado con las modificaciones de la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley Orgánica 2/2015, de 30 marzo (BOE» núm. 281, de 24/11/1995).

¹¹⁶Ibidem.

¹¹⁷Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹⁸ Como fue el caso de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988.

¹¹⁹ Artículo 144 y 157 del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, actualizado con las modificaciones de la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley Orgánica 2/2015, de 30 marzo.

A la hora de establecer, como hemos dicho, el bien jurídico protegido, nos encontramos con múltiples críticas a la redacción y organización del Título¹²⁰, debido a la defectuosa estructura sistemática y a la recopilación de figuras de un carácter heterogéneo que no desembocan en la protección de un claro y diferenciado bien jurídico para nuestra sociedad.

Este Título, consistente en cuatro artículos, tipifica las siguientes conductas: la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo con fines distintos a la eliminación o disminución de taras o enfermedades; la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana; fecundación de óvulos con cualquier fin distinto a la procreación humana; la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; y practicar la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento.

Algunos de ellos, tienen una clara separación o ámbito diferenciado frente a las infracciones de la LTRHA, como puede ser el delito de utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana. En cambio, podemos encontrarnos problemas en el caso del delito de manipulación genética del genotipo con fines distintos a la eliminación o disminución de taras o enfermedades, y en el caso del delito de fecundación de óvulos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Comenzando con los delitos en general, siempre puede haber controversia, ya que una infracción muy grave de las establecidas en la LTRHA es “la práctica de técnicas no autorizadas”. Todos los supuestos tipificados, son claramente técnicas o modos de práctica no autorizadas por la ley. Entonces, siempre sería necesario determinar cuándo se trata de una infracción, como podría ser la realización de una gestación por sustitución, y cuando estamos ante un delito del Código Penal, al cumplirse las características de las conductas típicas, aunque siempre se cumpliría, al mismo tiempo, la infracción de la LTRHA de técnica no autorizada.

Supuesto más controvertido es, como apuntaba anteriormente, el caso del delito de la manipulación genética del genotipo con fines distintos a la eliminación o disminución de taras o enfermedades¹²¹, y el delito de fecundación de óvulos con cualquier fin distinto a la

¹²⁰Tamarit Sumalla, J: “Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal”, Ed. Aranzadi, S.A.U., agosto 2011, p.3.

¹²¹ Código Penal, Art.159: “1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años”.

procreación humana¹²². En ambos casos pueden concurrir con la infracción tipificada como muy grave en la LTRHA de “*La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley*”. Puede parecer contradictorio, ya que para realizar una óptima investigación en la materia se tienen que realizar ambas conductas tanto la manipulación genética como la fecundación de óvulos, ambas, obviamente, sin ningún fin reproductivo. Además, parece lógico que tal y como establece la ley se puede producir la investigación, pero siempre dentro del marco legal establecido. En caso de no ser así los responsables están sujetos a sanciones, pero en el caso del Código Penal, no se realiza ningún tipo de limitación ni referencia a los requisitos establecidos por la ley para delimitar la conducta tipificada penalmente, situación que es cuanto menos confusa.

Siguiendo la doctrina de Romeo Casabona, coincidimos en que la redacción es muy confusa, ya que no se clarifica cuál es el objeto sobre el que recae la acción, y considera que se deben excluir de este tipo penal las intervenciones en otro contexto, tales como la investigación o las intervenciones de los ya nacidos debido a que éstas conductas ya están penadas por los delitos correspondientes relativas a lesiones corporales. Suena totalmente apropiado pensar esto, ya que, dada la gran amplitud del tipo objetivo determinado en el artículo, lo más justo o ético, es realizar una interpretación restrictiva del mismo, de no ser así, estaríamos ante una criminalización ilimitada de las técnicas genéticas que no tendría amparo constitucional ni legal en nuestro ordenamiento jurídico, poniéndose así en cuestión nuestro Estado de Derecho.

Por otro lado, la LTRHA sanciona también, como muy grave, “*la selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados*”, infracción que parece idéntica al delito del Código Penal referido a la manipulación genética del genotipo con fines distintos a tratar enfermedades. Por tanto, no existe ninguna fundamentación para saber cuándo estamos ante una infracción de la LTRHA, y en cambio, cuando estamos ante un delito del Código Penal. Pudiendo conllevar, este último penas de prisión de dos a seis años. Otra posibilidad es entender que cuando se produce la infracción también se produce de manera simultánea el delito de manipulación genética, y viceversa. También podemos seguir la argumentación de que deberíamos atender a la gravedad de la conducta realizada o los fines perseguidos por el autor. Pero de igual manera, deberíamos conocer o determinar quién ostenta la competencia para determinar la gravedad o finalidad de cada actuación y los fines de la misma para incorporarla a la conducta penal o no.

En todo caso, estamos ante situaciones controvertidas no solucionadas por el legislador, encontrándose conductas en algunos casos idénticas, en otros casos similares, sancionados por

¹²² Código Penal, Art.160.2: “*Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*”.

dos vías diferentes, que en algunas situaciones pueden ser fruto de una violación del principio de non bis in ídem¹²³ que rige totalmente en nuestro ordenamiento. Provocando inseguridad jurídica para todos los profesionales que se dedican a esta materia y, en algunos casos, en los particulares, que deciden acudir a este tipo de técnicas y que pueden verse frenados por situaciones como ésta, ya que tampoco hay una delimitación clara de la responsabilidad de tales actuaciones.

8. EL DGP EN EL DERECHO COMPARADO

Para obtener una visión global del Diagnóstico Genético Preimplantacional a nivel mundial, y poder así, valorar y comparar nuestra legislación, vamos a realizar un análisis de las legislaciones de algunos países europeos y de Estados Unidos.

Comencemos con la **LEGISLACIÓN FRANCESA**¹²⁴, país que admite el DGP, pero con un regulación bastante restrictiva. En el ordenamiento jurídico francés sólo se admite la técnica cuando está realizada por un médico genético especializado, requisito que parece bastante razonable. Pero hay otros requisitos que nos pueden resultar más peculiares. Por una parte, dicho médico tiene que acreditar que hay una alta probabilidad de que el niño padezca una enfermedad genética de gravedad particular en el momento del diagnóstico, es decir, además de que la enfermedad genética sea grave, se debe acreditar con una alta probabilidad de transmisión a la descendencia, y acreditarse en un momento bastante temprano; por otro lado, se requiere, como en nuestro país, una autorización específica. En este caso, de la Agencia de Biomedicina.

Además, el diagnóstico únicamente puede realizarse cuando a uno de los padres o uno de sus ascendientes inmediatos ha padecido una enfermedad severamente incapacitante. Es decir, en caso de no constar enfermedad de los antepasados o no haberse manifestado en ese momento no se podrá practicar esta técnica.

Por último, ambos miembros de la pareja deben prestar consentimiento expreso, requisito que podemos considerar plausible, pero que, en ciertas circunstancias, puede dar lugar a muchos problemas, sobre todo en los casos de disparidad ideológica. En estos casos, se debería poder suplir ese consentimiento, en virtud del interés superior del menor, por la autoridad judicial competente.

Respecto a la legislación del **REINO UNIDO**, debemos destacar la existencia de una autoridad administrativa independiente especializada en estos temas:

¹²³ El principio “*non bis in ídem*” impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos.

¹²⁴Code de la Santé Publique, (Article L2131-4).

la “*Humanfertilisation and Embriology Authority (HFEA)*”¹²⁵, que es la encargada de autorizar y supervisar las peticiones de realización del DGP en cada nueva patología, y es la que concede las licencias a los centros para poder llevar a cabo la técnica. Esta organización tan específica y especializada suple la ausencia de una anterior regulación relativa al DGP, de 1990, ya que ni si quiera se pronunciaba sobre la admisibilidad de esta técnica.

Al igual que en nuestro ordenamiento y en el francés, solo se permite la utilización de la técnica en casos de condicionamiento genético grave, constatando caso por caso la viabilidad de la técnica, no produciéndose nunca la admisibilidad de manera generalizada. Sin embargo, la HFEA, en una gran revolución e innovación, ha comenzado a aceptar el DGP en casos de una posible aparición tardía de ciertos tipos de cáncer, pero es una opción que todavía no está muy desarrollada en la actualidad, aunque, probablemente en un par de años sea un tema más asentado en nuestra sociedad.

El caso de **ALEMANIA**, puede ser uno de los que más llamen la atención, ya que el DGP está prohibido, de acuerdo con la Ley sobre Protección de Embriones de 1990, y no sólo eso, sino que la utilización de embriones para cualquier otro fin que no sea su conservación, está penada con una pena privativa de libertad de hasta tres años de cárcel. Se debe tener en cuenta que para la legislación alemana, es considerado embrión todo óvulo humano fecundado, así como, cualquier célula totipotente¹²⁶ extraída de un embrión susceptible de dar lugar a una vida humana. Esta legislación tan prohibitiva¹²⁷ se debe a la consideración del DGP como contrario a la protección del embrión, además de, su favorecimiento a técnicas eugenésicas, que en ningún caso se aceptan en Alemania.

Los resultados que produce esta regulación, al final, no son más que por un parte, no puedan curar enfermedades genéticas graves que a diferencia de en otros países como Francia o España, ya tienen solución y permiten una vida cotidiana y normal de los niños que las padecen, así como el freno de la transmisión hereditaria de esas enfermedades susceptibles hoy en día de cura; y por otra parte, desencadena la huida de

¹²⁵Human Fertilisation and Embriology authority (HFEA): UK’s independent regulator of fertility treatment and research using human embryos. A world-class expert organisation in the fertility sector, we were the first statutory body of our type in the world.

<https://www.hfea.gov.uk/i-am/>

¹²⁶Célula que tiene la capacidad de crecer, dividirse y dar lugar a un organismo completo, como las células de la placenta, las que forman las tres capas embrionarias o el cigoto.

¹²⁷LLoveras, N. y Sapena, J.: “*El diagnóstico genético preimplantacional*”, Revista de bioética y derecho, num.18, enero de 2010, p.15.

los padres en esa situación a otros países para poder salvar a sus hijos, ya que la legislación de su Gobierno no lo permite. Además de lo anterior, esto provoca una desigualdad de clases sociales, ya que esta opción sólo puede ser ejercitada por parejas con un gran nivel adquisitivo teniendo en cuenta los gastos añadidos que conlleva tener que practicar la técnica en otros países.

Este problema ha sido objeto de debate recientemente en el Bundestag, Parlamento Alemán, mostrándose las siguientes posturas enfrentadas. Michael Kretschmer, parlamentario de la Unión Cristianodemócrata (CDU)¹²⁸, mostró su afán por aprobar esta técnica en Alemania debido a la incongruencia de aceptar el aborto en los casos en los que la vida del bebé o la madre está en peligro, viendo esta técnica como previa para solucionar estos problema y que podría evitar llegar a la última, y desagradable opción de tener que realizar un aborto; También Úrsula Von Der Leyen, Ministra de Trabajo y Asuntos Sociales, opina que es innecesario hacer pasar a las parejas por la presión psicológica de enfrentarse a un posible aborto natural o inducido existiendo medios para evitar tal desenlace¹²⁹.

En cambio, Nahles, afirmo tajantemente “*no creo que nadie en esta sala apoye tal cosa*”¹³⁰, basándose en que admitiendo esta técnica se difuminen los límites morales de la sociedad y se acaben aceptando los “bebés diseño”, eligiendo el color de los ojos o el color de piel de los niños, además de la inmoralidad, que, según esta postura, conlleva el poder decidir sobre si la vida del enfermo tiene valor.

En conclusión, la situación actual de Alemania, en referencia con el DGP, se encuentra dividida, entre los que siguen la postura tradicional de prohibir dicha técnica, y los que opinan que deberían legalizarla y regularla para salvaguardar los intereses de las personas, siendo más congruentes con el ordenamiento jurídico alemán en su conjunto.

La realidad actual, es que el DGP sigue estando prohibido en clínicas como las de Berlín, Hamburgo o Múnich, y como solución a ésta regulación las parejas que quieren asegurarse el nacimiento de su hijo sano siguen viajando a destinos como Londres o Barcelona para realizar las prácticas el diagnóstico genético preimplantacional.

¹²⁸Partido político alemán que se define a sí misma como un «partido de centro, demócrata cristiano, liberal y conservador».

¹²⁹Bolívar, L. DW, “*Madeforminds:*” Alemania permite el Diagnóstico Genético Preimplantacional”, 7 de julio de 2011, Sección actualidad-política.

<http://www.dw.com/es/alemania-permite-el-diagn%C3%B3stico-gen%C3%A9tico-preimplantacional/a-15218191>

¹³⁰ Ibídem.

En situación similar, se encuentra **ITALIA**, aunque de manera menos sorprendente, si analizamos su política global de técnicas de reproducción humana asistida, ya que, la mayoría de parejas italianas se ven obligadas, hoy en día, a acudir a España para la realización de cualquier técnica de reproducción asistida. No iba a suceder de manera diferente con el diagnóstico genético preimplantacional.

La Legge 40/2004 italiana, de 19 de febrero, "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*"¹³¹, es un Ley muy restrictiva en todos los ámbitos de desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, cabe destacar, que en junio de 2015 se convocó un referéndum para la modificación de la Ley Federal de Medicina Reproductiva, por la cual se establecían normas para la implementación del DGP. En el proyecto de modificación se había planteado autorizar el DGP únicamente para parejas con riesgo de transmitir a sus hijos una enfermedad hereditaria grave contra la que no exista ningún tratamiento, acercándose a la legislación francesa. En cambio, el Parlamento, después de que el referéndum tuviese éxito por un 61.9%¹³², seguía siguiendo la implantación de más requisitos para la implantación de esta técnica. Lo que concluyo, aprobándose, por mayoría en las dos Cámaras federales, el requerimiento de que los embriones concebidos en el tubo de ensayo pudiesen ser examinados para proceder a su destrucción antes de la implantación en el útero.

De todo esto, concluimos con la voluntad de parte de la población italiana de cambiar la legislación e ir progresivamente aceptando este tipo de técnicas en su ordenamiento, y por otro, la incongruencia o debate ético de no permitir la modificación de los genes de un ser humano enfermo para su salvación y sí su previa destrucción. Esto conlleva, a seguir con la misma tónica social de que las parejas italianas que necesiten realizar estas técnicas acudan a España u otros países de la periferia con legislaciones menos restrictivas, al igual que en el caso de Alemania.

Otro caso peculiar, es **ESTADOS UNIDOS**, en donde no existe ninguna regulación general sobre el DGP ni sobre técnicas de reproducción asistida¹³³, prohibiéndose además el destino de fondos públicos para el desarrollo de estas técnicas o para la

¹³¹ Ley 19 de febrero de 2004, n. 40. "*Reglas sobre la procreación médicamente asistida*" publicado en la Gaceta Oficial no. 45 de 24 de febrero de 2004.

¹³² Swissinfo Ch: "*Seconda prova delle urne per la diagnosi preimpianto*", Traducción de Armando Mombelli, Sección política-salud, 6 de abril de 2016. https://www.swissinfo.ch/ita/politica/votazione-del-5-giugno-2016_seconda-prova-delle-urne-per-la-diagnosi-preimpianto/42058936.

¹³³ Rodrigo, A.: "*Legislación en EE.UU. sobre donación de óvulos y semen*", 28 de septiembre de 2015, <https://ovodonante.com/legislacion-en-ee-uu-sobre-donacion-de-ovulos-y-semen/>

investigación con embriones humanos. A raíz de esto, la realidad es que los hospitales y clínicas privadas desarrollan estos procedimientos siguiendo sus propias pautas y reglas, sin una supervisión o control, y trasladándose de manera sucesiva al Estado cuya legislación sea más favorecedora.

Con toda esta información, en referencia al ordenamiento jurídico español, bajo mi consideración, pienso que podemos estar muy orgullosos de los objetivos alcanzados, ya que, en comparación con otros países de nuestro entorno, Alemania, Italia o Francia, somos pioneros en la materia a la vez que respetuosos con el derecho a la vida, derechos del embrión y la salvaguarda de la salud de los menores. Todo ello, conjugado con las diferentes vertientes e ideologías que, al igual que en otros países, conviven en nuestra sociedad. Dicho esto, tampoco podemos contentarnos y paralizarnos en nuestra legislación actual, ya que, debemos siempre optar por el progreso y la mejora de servicios que como país podemos ofrecer.

En esta línea, considero que Reino Unido, puede ser un gran referente, ya no por la permisividad de producir preembriones para investigación, aspecto con el que personalmente no estoy del todo de acuerdo, sino en referencia a la Institución “*Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA)*”. Como he explicado anteriormente, se trata de un organismo específico y muy especializado en la materia, que además del buen funcionamiento que está realizando, aporta bastante claridad y seguridad a las parejas que se ven en la situación de tener que practicar esta técnica. Por tanto, creo fielmente que es un aspecto que deberíamos potenciar en nuestro país y envidiar de nuestros vecinos anglosajones, ya que, en esos momentos tan delicados y trágicos, se valora de manera muy positiva toda información de calidad que se pueda obtener de manera sencilla, estando a la disposición de cualquier ciudadano, objetivos alcanzados a través de una página web, con un diseño claro y sencillo, con toda la información inicial que los interesados puedan necesitar.

9. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado, tanto de nuestra ley de técnicas de reproducción asistida, como de sus antecedentes, como de la realidad social en España y la comparación legislativa con otros países, procedo a plantear mis propuestas de mejora de la regulación actual, así como las conclusiones obtenidas tras este estudio.

En primer lugar, debo resaltar los aspectos positivos del hecho de que España no se sujete a una lista cerrada de técnicas admitidas, pudiendo así flexibilizar nuestro

sistemae ir introduciendo los avances científicos de manera paulatina y adaptarnos a las peticiones sociales. En esta línea, veo igualmente necesario la redacción de un listado de enfermedades susceptibles de DGP, no siendo en ningún caso una lista cerrada. La justificación de esta petición se debe a la falta de información de calidad que he podido constatar a lo largo de la realización de este trabajo, necesitando, de manera urgente, fomentar la seguridad jurídica de las personas que se encuentran en esta situación, pudiendo ser ésta, una de las vías.

Las razones por las que sugiero que, en consecuencia, no sea una lista cerrada, se debe de igual manera, a cómo sucede con la admisión de las técnicas de reproducción asistida, respecto a las que podamos ir introduciendo las novedades científicas y así dar cabida y protección a nuevos casos que hasta el momento no se hayan planteado.

De esta manera, las parejas que se encuentren en la trágica situación de concebir un hijo con una enfermedad genética grave, acudiendo de manera sencilla, a esta lista, que podría residir como Anexo en la propia ley, podrán saber si en su caso concreto la legislación española, admite el DGP. Sin estar desvirtuando, en ningún caso, la autorización previa a la autoridad sanitaria competente.

En relación con esta idea, propongo, de igual manera, la instauración de un Registro que contenga la información de todos los casos de DGP desarrollados en España. Puede parecer cuestión baladí, pero es de suma importancia, teniendo en cuenta que no hay constancia de los casos que se han realizado en España ni de las enfermedades que se han solventado en cada caso. Además de la imposibilidad que supone para realización de un seguimiento de los niños nacidos genéticamente para futuras investigaciones científicas, ya que, al ser una técnica muy novedosa, se desconocen de manera parcial los efectos que la modificación genética puede tener en su desarrollo futuro, frenando, a su vez, la mejora científica.

Es verdad, que debemos respetar, de igual manera, la intimidad del menor, como la de sus padres, pero hay vías para confeccionar este registro sin producir injerencias en dichos derechos, incluso protegiéndolos. Una de las maneras, es cambiar el nombre de los niños concebidos, así como, de los niños salvados, propiciándoles, de esta manera, un pseudónimo registral, sabiendo los padres únicamente su correspondencia con el sujeto del registro, y pudiendo ser desvelada al afectado, al cumplir los dieciocho años si así lo solicita. Pudiendo constar de manera oculta en su partida de nacimiento a través del mismo procedimiento que se realiza en los casos de adopción.

Otra de las reflexiones que me gustaría aportar a nuestro ordenamiento, es un llamamiento a la apertura de esta técnica a más enfermedades, que no tengan por qué ser graves. Justifico esto, debido a que, analizando la situación del DGP desde diferentes ámbitos, he podido percibir un miedo infundado y generalizado, a la utilización de esta técnica para fabricar “niños a la carta”¹³⁴. Premisa, que, bajo mi perspectiva, no tiene ninguna fundamentación, ya que son intereses totalmente contrapuestos que en ningún caso tiene por qué ir entrelazados, ya que, con el DGP la finalidad es curar enfermedades, si es posible antes incluso, de la concepción del individuo, y no veo el motivo para vetar a ciertas enfermedades el uso de esta técnica.

En cambio, la finalidad de modificar las cualidades genéticas no responde a ninguno de los principios en los que está asentando el DGP en España, estando clara, la inadmisión por la ideología española generalizada, y corroborada por nuestro legislador en LTRHA, que sólo se admite la técnica con fines terapéuticos. Por tanto, no existen motivos para rechazar la petición de unos progenitores a realizar el DGP, siempre y cuando haya sido aconsejado por un médico y obtenga la autorización de la autoridad sanitaria.

De igual manera, considero que, tras analizar el derecho de otros ordenamientos próximos como Italia, Francia o Alemania, podemos estar muy orgullosos de todos los derechos conseguidos con nuestra regulación, totalmente innovadora y modernizada en técnicas de reproducción asistida desde nuestra primera regulación de la materia. Pudiendo alardear, de un sistema jurídico permisivo, pero a la vez, protector de los derechos supremos como es el derecho a la vida y el derecho a reproducción (todavía no instaurado en muchos ordenamientos).

Consecuencia de esta regulación, España ha experimentado un turismo reproductivo, beneficiándonos de grandes flujos de parejas, tanto heterosexuales como homosexuales, que acuden a nuestro país para la realización de diferentes prácticas de reproducción asistida, ya sea desde una fecundación in vitro, como un DGP, manteniéndose dicho turismo en la actualidad. Debemos agradecer a este turismo, que tantos recursos económicos han ocasionado, de igual manera, a los centros de técnicas de reproducción asistida de nuestro país, siendo referentes mundiales a la hora de hablar de técnicas ya asentadas, como en nuevos procesos innovadores y la investigación.

¹³⁴Referencia a la posibilidad de "diseñar" un bebé, eligiendo los progenitores las cualidades que quieren que ostente su futuro hijo.

Con todo, y a pesar de poseer una regulación innovadora, como ya he mencionado, no podemos conformarnos y frenar nuestro desarrollo tanto científico como legislativo, a pesar de que nuestros vecinos comunitarios, en muchos casos estén pasos por detrás. Además, si no avanzamos como país y como ordenamiento, el resto de países es previsible que vayan introduciendo en sus legislaciones artículos referentes a la admisión del DGP, perdiendo el flujo de ingresos tan importante que hemos adquirido durante estas décadas, porque, aunque suene chocante decirlo, puede que los cambios en esta materia no sean impulsados por la innovación científica, la protección del derecho de reproducción y el derecho a la vida de los seres humanos, sino, en cambio, como sucede con muchas políticas legislativas, por la voluntad de crear un marco legislativo que favorezca a la economía española.

Este camino de mejora legislativa, puede realizarse, teniendo como referente el derecho anglosajón, aún más pionero y permisivo en esta materia. Claro está, que, por ello, no debemos aceptar todas las medidas de dicho ordenamiento, pero hay aspectos que valoramos gratamente, como es su institución para la aceptación del DGP “*Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA)*”. Institución que, en comparación, con la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA)¹³⁵, funciona de manera más efectiva y accesible para los ciudadanos.

Con esto, no quiero decir que la decisión de admisión del DGP en cada caso concreto deba ser realiza por una institución ajena al Estado, al contrario, me parece fundamental que exista un control estatal en este ámbito, para no caer en el peligro de la privatización de condiciones como sucede en Estado Unidos. Sin embargo, sí que consideraría necesaria la existencia de una organización que colaborase con la CNRHA, con funciones de información y asesoramiento de las parejas, así como, en el caso de admitirse la realización de un registro de casos de DGP, pudiera ser gestionado por dicha organización para así incrementar la calidad de la información aportada.

Además, con la incorporación de esta nueva y complementaria institución, podríamos evitar que las personas interesadas, tal y como sucede en la actualidad, tengan que recibir la información por parte de los centros privados. Centros, que, como su propia naturaleza indica, actúan según sus propios intereses, no siendo una

¹³⁵La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.

información neutral y objetiva, sino movida por intereses económicos y según principios de competencia dentro del sector. Situación que puede ser resuelta fácilmente promoviendo medios de información estatal, objetivos y neutrales, obteniendo así una información realista y fidedigna del DGP, sin entrometerse otros principios que no sean la seguridad jurídica y el interés superior del menor.

Otra opción, que no conlleva la incorporación de una nueva institución en nuestro ordenamiento, es suplir este déficit, a través, de la ampliación de competencias de la CNRHA y dotarla de medios prácticos para realizar una intervención más activa en el DGP. Al final, la finalidad y el objetivo es el mismo, pero puede llevarse a cabo a través de dos procedimientos igualmente válidos, siempre y cuando sean conlleven cambios reales y efectivos.

En suma, todas mis propuestas van enfocadas al incremento de la información de cara a las parejas afectadas y la sociedad en general, así como, la elaboración de un registro de casos de gran utilidad, ya sea para futuras investigaciones o para los futuros caso de DGP que surjan en nuestro país.

Incremento informativo totalmente justificado, dado que, por un lado, los casos de DGP van a incrementarse a causa de los avances tecnológicos, y por otro, la concepción generalizada de la población española sobre técnicas de reproducción asistida no suele englobar el DGP, por lo que sigue siendo una figura muy desconocida en nuestra sociedad. Esto provoca que en muchos casos en los que el DGP podría ser de gran ayuda para los menores, a causa de este desconocimiento, no se practique, y, por tanto, se acepte un nivel de vida inferior a causa de una enfermedad genética. Pudiendo ser también, la causa social por la que muchos sectores de la sociedad sigan relacionando el DGP con la fabricación de “*bebés a la carta*”, concepción, como ya he explicado anteriormente, sin ninguna justificación, que debe ser abandonada de manera inmediata si queremos conseguir avanzar en el ámbito médico a través de todas las posibilidades que ofrece esta técnica.

De igual manera, debo resaltar el respeto al carácter laicista, de acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución, que demuestra el Estado Español entorno al DGP. Debido a que el cristianismo, religión mayoritaria y con más tradición y arraigo en España, rechaza totalmente el DGP por ser una intromisión en la vida de una persona, entendiendo el surgimiento de la personalidad y sus consecuentes derechos desde la concepción. Pero esta tesis, no ha afectado en absoluto a nuestra legislación ni a los derechos de las personas retractarías de tal tesis, siendo incluso muy favorecedora para

éstas últimas, debido al carácter innovador de nuestro ordenamiento en este ámbito jurídico.

Sin embargo, seguimos teniendo aspectos que mejorar en nuestra legislación, en concreto, la regulación de las infracciones de la LTRHA y de los delitos de manipulación genética del Código Penal. Realmente, en esta materia, lo peligroso no son las sanciones impuestas, ya que, el sistema demuestra bastante efectividad, ya que, al ser, el cierre del centro, una de las sanciones, ninguna clínica comete actuaciones arriesgadas ni practica técnicas no admitidas en nuestro ordenamiento.

En cambio, con esta regulación de la LTRHA y el CP sin armonizar, podemos vulnerar uno de los principios supremos de nuestro ordenamiento, el principio de non bis in ídem, consistente en no sancionar dos veces la misma conducta. Esto se debe, a la falta de delimitación de los supuestos típicos, así como, las infracciones, sumando todo ello, a la defectuosa redacción en ambos casos de los supuestos típicos, produciendo una gran inseguridad jurídica en este ámbito, tanto para las parejas que realizan las técnicas de reproducción asistida, como para los centros que las llevan a cabo, además de la vulneración del citado principio.

Puede parecer que son supuestos muy retorcidos que no se dan en la práctica, y cierto es, que realmente, hasta la fecha no se han planteado dificultades, pero esto no quiere decir que con la rapidez de los avances tecnológicos no debamos estar preparados para estas controversias, y solucionarlos de antemano, mostrando la coherencia y seguridad jurídica que debe proporcionar un sistema jurídico tan avanzado como el nuestro, sin tener que correr el riesgo de someternos a la interpretación que puedan realizar los juzgados en cada caso concreto, sin estar especializados en estos aspectos tan específicos y novedosos.

En cuanto a la redacción de nuestro art.12 de la LTRHA referente al DGP, considero que está dotado de una buena técnica legislativa, ya que deja de manera clara y contundente los casos en los que se puede admitir un DGP en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, en consecuencia con todo lo expuesto anteriormente, realizaría una modificación en el término “*enfermedades hereditarias graves*”, suprimiendo la calificación de graves. Debido a que la gravedad de la enfermedad acota en gran medida el ámbito de aplicación del DGP, no siendo necesario dada la necesidad de someter cada caso concreto a la autoridad sanitaria competente con un informe previo favorable de la CNRHA. Siendo, ambas instituciones las que valoraran la viabilidad de la técnica, pudiendo darse el caso de que una enfermedad no considerada como grave pueda ser

perfectamente tratada mediante un DGP. Además, de la inseguridad jurídica que puede provocar dicho concepto jurídico indeterminado como es “*enfermedades hereditarias graves*”.

Como conclusión final, debo resaltar una vez más, la posición de España en el ámbito de las Técnicas de Reproducción Asistida en general, y de manera concreta, en el Diagnóstico Genético Preimplantacional. Esperando, que se tengan en cuenta, las precisiones realizadas al respecto para seguir siendo un referente mundial en dichos ámbitos. Fomentando el DGP para curar cada vez más enfermedades hereditarias y no como medio de manipulación genética con otros fines, proporcionando a ésta técnica, una mayor seguridad jurídica, que tanto precisa, y evitando, así, que nuestros propios ciudadanos se vean obligados a trasladarse a otros países para la cura de sus hijos enfermos. Siendo, por tanto, el Diagnóstico Genético Preimplantacional, el instrumento idóneo para la consecución de fines terapéuticos, y no una amenaza para los principios de nuestro ordenamiento.

10.BIBLIOGRAFÍA

.-ABELLÁN, F.: “Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)”, en la revista de la escuela de medicina legal, septiembre 2006.

.- ASEBIR: “*Criterios de valoración morfológicos de ovocitos, preembriones tempranos y blastocistos humanos propuestos por asebir*”, José Luis Cortés, 13 de junio de 2008.

.- AZNAR LUCEA, J: “*Peligros del Diagnóstico Genético Preimplantacional*”, en “Diagnóstico genético preimplantacional y diagnóstico prenatal. Amniocentesis”, Doctor en Medicina por la Universidad de Navarra, en Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, San Vicente Mártir. <http://www.observatoriobioetica.org/fondo-documental-2/inicio-de-la-vida/diagnostico-genetico-preimplantacional-y-diagnostico-prenatal-amniocentesis#arriba>

.-AZNAR, LUCEA J:” ¿Es ético producir niños discapacitados?” en “*Diagnóstico genético preimplantacional y diagnóstico prenatal. Amniocentesis*”, Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, San Vicente Mártir, <http://www.observatoriobioetica.org/fondo-documental-2/inicio-de-la-vida/diagnostico-genetico-preimplantacional-y-diagnostico-prenatal-amniocentesis>

.-BENAVENTE MOREDA, P:” *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*”, Monografía Boletín del Ministerio de Justicia, junio 2015.

.- CARCABA FERNANDEZ; M.: “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana”, Ed.Bosch, 1995.

.- FEINBERG, J: “*The Child’s Right to an Open Future*”, W.Aiken & H.LaFollete (Eds.), in “*Whose child? Childre’s rights, parental authority and state power*”, Totowa, NJ: Rowman & Littlefield,.

.-HABERMAS,J: “El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?”.Paidós Ibérica, Barcelona, 2002.

.-LACADENA, J.R. 2006. La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas. Rev. Der. Gen. H., 24:157-184

.-LACADENA, J.R.: “*Revista de Derecho y Genoma Humano*”, 35:145-180, 2011

.-LLEDO YAGÜE, F:” *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*” Dykinson.S.L, 2007.

.-INSTRUCCIÓN DONUM VITAE de 19878. JUAN PABLO II, «Instrucción Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación».

Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe 1987. Y Encíclica Evangelium Vital 1995. Domingo, M.: Las técnicas procreativas y el derecho de familia. Incidencia de la reproducción asistida en el matrimonio canónico. Ed. Civitas, 1ª edición, 2002: 28 y ss.

.-LLOVERAS, N. Y SAPENA, J.: “*El diagnóstico genético preimplantacional*”, Revista de bioética y derecho, num.18, enero de 2010.

.-PANTELÓN PRIETO, F.: “Procreación artificial y responsabilidad civil” en *La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Ed. Trivium, 1988.

.-PINTO ANDRADE, C.: “*La responsabilidad civil medico sanitaria derivada de las técnicas de reproducción asistida*”, Revista de Derecho Patrimonial num.23/2009, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2009.

.-PINTO PALACIOS, F.:” *Nacidos para salvar: Un estudio ético-jurídico del bebe medicamento*”, Ed.Dykinsons, 2017.

.-SINGER, P: Una vida ética. Escritos, Ed. Taurus, 2002: 193-198.

.-SOUTO PAZ, J. A.: “El informe palacios y la ley de reproducción asistida”, En *Régimen Jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*, Dialnet Plus, 2006, pp. 187.

.-TAMARIT SUMALLA, J: “Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal”, Ed. Aranzadi, S.A.U., agosto 2011.

.-WARNOCK, M: “*Guía ética para personas inteligentes*”, Turner, 1998.

ENLACES WEB

American Pregnancy Association, Promoting Pregnancy Wellnes, <http://americanpregnancy.org/es/infertility/gamete-intrafallopian-transfer/>

Betin. F. El País: “*El número de Iglesias Evangélicas se duplica en 10 años*”, Sección Sociedad, 12 de junio de 2014, https://elpais.com/sociedad/2014/06/12/actualidad/1402606692_853823.html

Bolívar, L. DW, madeforminds:” *Alemania permite el Diagnóstico Genético Preimplantacional*”,7 de julio de 2011, Sección actualidad-política, <http://www.dw.com/es/alemania-permite-el-diagn%C3%B3stico-gen%C3%A9tico-preimplantacional/a-15218191>

Cívica: “*La trampa del Lenguaje. Éxito y mutis del preembrión*”, 11 de abril de 2013, <http://civica.com.es/bioetica/la-trampa-del-lenguaje-exito-y-mutis-del-preembrión/>

Cobo, V. El País: “*Vientres sin ley: La maternidad subrogada no es legal en España. Pero cada vez hay más agencias que buscan madres de alquiler en Rusia, India o*

EEUU”, Reportaje, 3 de noviembre de 2013, https://elpais.com/sociedad/2013/11/01/actualidad/1383337785_128269.html

Diario 20 minutos: “*Promueven una iniciativa para que elegir el sexo de los hijos sea un ejercicio de libertad*”, 27 de junio de 2013, <https://www.20minutos.es/noticia/1856337/0/ilp/elegir-sexo-hijos/ejercicio-libertad/>

Díaz, B. Diario “El Mundo”: “*Sólo cinco 'bebés salvadores' han nacido en España desde 2006*”, Sección Salud, 2 de noviembre de 2015, <http://www.elmundo.es/salud/2015/11/02/56177e4fe2704e49538b4628.html>.

El País: “*El número de Iglesias Evangélicas se duplica en 10 años*”, Sección Sociedad, 12 de junio de 2014

El País: “*Louise Brown, la primera 'niña probeta', da a luz un niño concebido de forma natural*”, publicado el 16 de enero de 2007, Sección Sociedad, https://elpais.com/sociedad/2007/01/16/actualidad/1168902003_850215.html

Europa press: “*Crece un 1.4% la población musulmana en España hasta los 1.95 millones*”, Sección Sociedad, 13 de febrero de 2018, <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-crece-14-poblacion-musulmana-espana-195-millones-20180213191550.html>

Fertility Center, San Diego.”*Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)*” 7 de junio de 2015, equipo de San Diego Fertility center, <https://www.sdfertility.com/es/diagnostico-genetico-preimplantacional-dgp/>.

Fundación Josep Carreras contra la Leucemia, 24 de mayo de 2018, <http://www.fcarreras.org/es/redmo>

Goldman, B. Reproductive Medicine: “*The first cut*”, 31 de enero de 2017, Sección New future, <https://www.nature.com/articles/445479a>.

Human Fertilization and Embryology authority (HFEA): UK’s independent regulator of fertility treatment and research using human embryos. A world-class expert organization in the fertility sector, we were the first statutory body of our type in the world. <https://www.hfea.gov.uk/i-am/>

Informe de Ethics Advisory Board Departament of Health, Education, and Welfare (1979).

Iriberry, A. El Mundo: “*¿Niño o niña? Lo que los padres quieran*”, Sección Polémica, 27 de junio de 2013, <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/06/26/noticias/1372271359.html>

Marazzi, A. Hipertextual:” *Hijos a medida: Una clínica te permite elegir características de tu bebé*” Sección Ciencia, 5 de marzo de 2009, <https://hipertextual.com/2009/03/hijos-a-medida>

Morillo, S. El Confidencial: “*Nace el tercer ‘bebé medicamento’: salvará a su hermano con un trasplante de médula*”, Sección Andalucía, 13 de octubre de 2017, https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2017-10-13/nace-el-tercer-bebe-medicamento-salvara-a-su-hermano-con-un-trasplante-de-medula_1460553/

Noticias de Navarra. “Salud destina 284.260€ para realizar el DGP en 2017”, Sección Sociedad, 22 de julio de 2017, <http://www.noticiasdenavarra.com/2017/06/22/sociedad/navarra/salud-destina-284260-euros-para-realizar-el-dgp-en-2017>

Organización de Técnicas de Reproducción Asistida (Reproducción Asistida ORG”). <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

Ovulos.net. “*Donar y encontrar Clínicas de Fecundación In Vitro y Reproducción Asistida*”, <https://ovulos.net/diagnostico-genetico-preimplantacional/>

Periódico ABC: “*Victoria Anna, la primera niña probeta nacida en España, cumple 30 años*”, 8 de julio del 2014, Sección Sociedad, <http://www.abc.es/sociedad/20140708/abci-probeta-victoria-anna-201407081317.html>

Prats, J. El País: “*Las gemelas Noa y Leire curan a su hermano Izan*”, Sección Sociedad, 13 de julio de 2012, https://elpais.com/sociedad/2012/06/13/actualidad/1339587644_743879.html

Rodrigo, A.: “*Legislación en EE.UU. sobre donación de óvulos y semen*”, 28 de septiembre de 2015, <https://ovodonante.com/legislacion-en-ee-uu-sobre-donacion-de-ovulos-y-semen/>

Rodríguez, P. ABC: “*Una pareja de lesbiana dispara el debate de los “bebés diseño”*” Hemeroteca, 14 de abril de 2002, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-14-04-2002/abc/Sociedad/una-pareja-de-lesbianas-sordas-dispara-el-debate-de-los-bebes-de-dise%C3%B1o_91916.html

RTVE:” *Nace en España el primer el bebé “medicamento” que puede salvar a su hermano*”, Sección Noticias, Ciencia y tecnología, 14 de octubre de 2008, <http://www.rtve.es/noticias/20081014/nace-espana-primer-bebe-medicamento-puede-salvar-su-hermano/177528.shtml>

Sáez, F. El Mundo: “*¿Es ético elegir el sexo de los hijos?*”, Sección Crónica, 15 de septiembre de 2002, num.361, <http://www.elmundo.es/cronica/2002/361/1032164369.html>

Sahuquillo, M.R. El País: “*¿Bebés perfectos? No, gracias*”, Sección Sociedad, 15 de marzo 2009, https://elpais.com/diario/2009/03/15/sociedad/1237071601_850215.html

Sánchez Ocaña, R. Diario La Provincia: “*Treinta años del primer banco de semen*”, Sección Sociedad, 16 de marzo de 2009,

<https://www.laprovincia.es/sociedad/2009/03/16/treinta-anos-primer-banco-semen/216571.html>

Sevillano, E.G. El País: “*Ahora quiero una niña*”, 26 de junio de 2013, https://elpais.com/sociedad/2013/06/26/actualidad/1372277529_900969.html

Swissinfo.ch: “*Seconda provadelle urne per la diagnosi preimpianto*. Traducción de Armando Mombelli, Sección política-salud, 6 de abril de 2016, https://www.swissinfo.ch/ita/politica/votazione-del-5-giugno-2016_seconda-prova-delle-urne-per-la-diagnosi-preimpianto/42058936.,M:”*Guía ética para personas inteligentes*”, Turner, 1998, p.61.