

Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida

Dra. Itziar Alcorta Idiaquez
Profesora de Derecho Civil UPV/EHU
Facultad de Derecho de Donostia

El objeto del presente estudio es identificar los problemas más importantes que afectan a los derechos reproductivos de las mujeres españolas en la actualidad. Como veremos, las preocupaciones reproductivas de la población femenina en España han cambiado de forma drástica en los últimos treinta años. Desde que se legalizaron los medios anticonceptivos (punto 1º de este trabajo), coincidiendo con la transición a la democracia, la preocupación principal de las mujeres españolas se ha desplazado de las reivindicaciones iniciales sobre el control de la fertilidad y de la contracepción, a la preocupación por la falta de hijos o, mejor dicho, a las dificultades que deben superar las españolas en edad fértil para tener los hijos deseados. Una vez asumido el control de su propia reproducción, factores sociales complejos a los que nos referiremos han llevado a las parejas a reducir drásticamente su prole, hasta llegar a la situación actual en el que las españolas son las europeas que menos hijos tienen (punto 2º). Ante esta situación el Gobierno del Estado y las Administraciones autonómicas han adoptado medidas que, según algunos interlocutores sociales, parecen no ser suficientes para contrarrestar la tendencia a la baja de la natalidad en España (puntos 3º y 4º).

Sorprendentemente, la baja tasa de natalidad española coincide con la circunstancia de que en España hay más centros de reproducción asistida que en ningún otro país europeo. ¿Cómo interpretar este hecho en el contexto de una población fuertemente desnatalizada? ¿Cuáles son las razones de la gran demanda de medicina reproductiva? Procuraremos responder a estas preguntas en el punto 5º. La aplicación creciente de la tecnología reproductiva nos dará pie en ese mismo epígrafe, a tratar de los problemas mas importantes que se están generando en la delimitación del uso de la medicina reproductiva. Nos referiremos

en concreto a la fecundación *post mortem*, a la inseminación de mujeres sin pareja, a la incorporación de nuevas técnicas como la congelación de óvulos y al almacenamiento de embriones congelados.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los derechos reproductivos de las españolas en el último tercio del siglo XXI. 3. Razones de la baja natalidad española actual. 4. Políticas familiares del gobierno. 5. Las técnicas de asistencia a la reproducción como sustitutivo de políticas familiares activas del gobierno. 6. La reproducción asistida en España: luces y sombras. 6.1. La normativa reguladora. 6.2. Falta de control. 6.3. Ley obsoleta. 6.5. Mujeres solas y lesbianas. 6.6. Fecundación *post mortem*. 7. Conclusiones

1. Introducción

Antes de entrar en el análisis de los derechos reproductivos de las mujeres españolas, conviene aclarar primero qué entendemos con dicha expresión. Se trata, en realidad, de un concepto difuso y mal delimitado en las leyes y en la doctrina.

En materia de derechos reproductivos debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la evolución del *soft law* internacional de los últimos treinta años, que parece apuntar al reconocimiento de un derecho fundamental a la salud y la libertad reproductivas. Las Conferencias Mundiales de la ONU celebradas en el Cairo y en Beijing afirmaron el derecho a la "**salud reproductiva**" de las mujeres, considerada como una condición previa y necesaria para la consecución de una efectiva libertad reproductiva². La

¹ Este trabajo se presentó y se debatió en el seminario sobre Derechos Reproductivos celebrado el 28 de junio de 2003 en la Universidad de Bremen (Alemania), organizado por la Red Europea de Excelencia sobre Derechos de las Mujeres del V Programa Marco de Investigación la Comisión Europea (NEWER, *Network of European Women's Rights* HPSE-CT-2002-50015).

² Conferencia Internacional de Población y Desarrollo organizada por la ONU en el Cairo en 1994 (UN. Doc. A/CONF. 171/13, 18 de octubre 1994); Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres: Acciones para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz organizada por la ONU, en Beijing, 1995 y su Plataforma de Acción. Los documentos finales de las citadas Conferencias fueron adoptados como Resoluciones de la Asamblea General de la ONU: UN GA Res. 4/128 de 19 diciembre de 1994; UN GA Res. 50/124 de 20 diciembre de 1995 y UN GA Res. 50/203 de 23 febrero de 1996.

Conferencia del Cairo de 1994 considera la capacidad de decidir libremente el número y el espaciamiento de los hijos como una "condición previa para que las mujeres puedan alcanzar una igualdad efectiva con respecto de los hombres"³. En el Programa de Acción de la citada Conferencia se definió la salud reproductiva como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, que no consiste sólo en la ausencia de enfermedades relacionadas con el sistema reproductivo, con sus funciones y procesos"⁴. La *reproductive health* comprende también otros muchos aspectos que complican excesivamente el concepto: se incluye en la misma la **prevención** y el **tratamiento de la infertilidad**; la **libertad para decidir** si se desea o no tener hijos, cuándo y con qué frecuencia; la **prevención del embarazo indeseado y extemporáneo**; y la **protección frente a toda forma de violencia sexual** contra las mujeres.

Esta amplísima definición de salud sexual fue contestada en su momento por algunos Estados que la consideraron parte de una estrategia para afirmar el derecho al aborto, a la contracepción y a la esterilización⁵. No obstante, en 1995, la Conferencia Mundial sobre la Mujer y su Plataforma de Acción, volvió a situar los derechos a la

planificación familiar y a la regulación de la fertilidad en el contexto de la salud reproductiva. Según la Declaración de Beijing: "La salud reproductiva implica que los individuos sean capaces de tener una vida sexual satisfactoria y segura, y que puedan reproducirse de la forma que decidan, cómo y cuándo quieran. Implícitamente, se entiende que las mujeres y los hombres tienen el derecho a ser informados y a tener acceso a métodos seguros, efectivos y costeables de planificación familiar, así como a los métodos de regulación de la fertilidad que prefieran, siempre que no sean ilegales, y el derecho a obtener servicios de salud adecuados que permitan a las mujeres llevar a cabo el embarazo y el parto de forma segura, en las condiciones más adecuadas para tener un hijo sano"⁶.

En definitiva, podemos concluir que el derecho a tomar decisiones sobre la propia procreación, a pesar de concitar la oposición de algunos Estados, está emergiendo en el ordenamiento internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo del individuo libre, capaz de dirigir su propia vida. Más dudoso resulta que la libertad reproductiva reconocida en el *soft law* internacional comprenda el derecho a emplear las técnicas de reproducción asistida. Este supuesto derecho no se contempla aún de forma expresa en ningún instrumento internacional con fuerza vinculante⁷.

El derecho a la salud reproductiva procedente del ordenamiento internacional debe ser completado con otros derechos reconocidos por los ordenamientos internos, como la **protección social de la mujer embarazada** frente al despido y frente a la discriminación laboral (tanto en el sueldo como en el propio puesto de trabajo); y las medidas adoptadas por los poderes públicos para fomentar la **conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres**, que comprenden el apoyo al reparto del cuidado de los hijos entre hombres y mujeres, la creación de guarderías y centros de atención a personas discapacitadas, etc. También hay que hacer referencia a las **políticas públicas de fomento de la natalidad** que suelen consistir en las ayudas económicas directas o indirectas a las familias con hijos. Aunque es dudoso que las políticas natalistas de los países desnatalizados, como es el caso de España, puedan considerarse como parte integrante del derecho a la libertad y a la salud reproductiva de la mujer. Como veremos, las medidas de fomento de la natalidad son más bien un instrumento político coyuntural en manos

Las Conferencias de Población celebradas en los años setenta y ochenta, las que consagraron los derechos demográficos, habían cargado el acento en el papel primordial de la mujer en la reducción del crecimiento de la población. Se decía que el número de hijos de la pareja dependía de su estatus social y de su nivel de formación. De ahí que los documentos finales, inspirados en las teorías neomalthusianas, para las que son los varones los que desean tener más hijos que las hembras, recomendaban que se incidiera en la educación de las mujeres y en el reconocimiento pleno de sus derechos frente al hombre. Sin embargo, las Conferencias posteriores criticaron la identificación entre liberación de la mujer y políticas demográficas, por entender que se estaba poniendo el derecho a la igualdad de las mujeres al servicio del objetivo de control del crecimiento de la población. La crítica a la instrumentalización de la libertad reproductiva de la mujer provocó un cambio sustancial en la estrategia de la defensa de aquél derecho, que se trasladará de la órbita de las preocupaciones demográficas a la de la necesidad de protección y garantía de los derechos humanos individuales. *Vid.* COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES (CEDM), *Recomendación General sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares* (UN Doc. E/CN. 6/1994/14), pág.18.

³ CEDM, *Recomendación General sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares...*, cit., pág.18.

⁴ Conferencia Internacional de Población y Desarrollo del Cairo, Programa de Acción, Capítulo VII, §7.2, (UN. Doc. A/CONF. 171/13, 18 de octubre 1994). El Preámbulo de dicho Programa declara en su §1.15 que la Conferencia no crea nuevos derechos humanos internacionales, sin embargo, más abajo, el § 1.8 añade que el nuevo concepto de salud reproductiva responde a la evolución de las ideas relativas a la prole, que incluyen la planificación familiar y la salud sexual, así como la protección contra la violencia sexual.

⁵ Los Estados más importantes que se opusieron a una concepción amplia del derecho a la salud reproductiva fueron Argentina, UN Doc. A/CONF. 177/20, pág. 157; la República Dominicana, *ibid.*, pág. 159, Perú, *ibid.*, pág. 171, Venezuela, *ibid.*, pág. 167, la Santa Sede, *ibid.*, pág. 163 y Kuwait, *ibid.*, pág. 167.

⁶ UN Doc. A/CONF. 177/20, § 94.

⁷ No obstante, Eriksson entiende que cabría deducir dicho derecho de la lectura conjunta del derecho a la salud reproductiva y del derecho a disfrutar de los beneficios de la ciencia y de la tecnología. M.K. ERIKSSON, *Reproductive Freedom in the Context of International Human Rights and Humanitarian Laws*, La Haya/ Boston/ Londres: Martinus Nijhoff, 2000, pág. 195.

de los poderes públicos que no siempre respeta el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Una vez acotado, aunque sea de forma aproximada, el concepto de derechos reproductivos pasamos a analizar la evolución reciente de dichos derechos en el Estado español a partir de la transición a la democracia, y su estado actual. El objetivo final será, como dijimos al principio, extraer las consecuencias e implicaciones más importantes de los derechos reproductivos reconocidos a las españolas en la actualidad, tanto en su vertiente de salud reproductiva como de su derecho a la maternidad.

2. Los derechos reproductivos de las españolas en el último tercio del siglo XXI

La configuración actual de los derechos reproductivos reconocidos a las mujeres españolas tiene su origen en las reformas políticas que modificaron las leyes relativas a la contracepción, al matrimonio y a la familia a partir del año 1978.

La estructura jurídica de las relaciones familiares, del matrimonio y de la paternidad experimentó una transformación profunda a partir de la Constitución de 1978 y de las reformas introducidas en el Código Civil en el año 1981⁸. En primer lugar, la Constitución española de 1978 configuró un **nuevo modelo de relaciones familiares** basado en la idea de igualdad entre hombres y mujeres, y en la igualdad de derechos de todos los hijos, tanto de los nacidos dentro del matrimonio como fuera del mismo (artículo 39 CE). Junto con el principio de la igualdad como base de las relaciones familiares, se reconoció también la posibilidad de separación matrimonial y de divorcio, como manifestación de la libertad y de la capacidad de elección del individuo⁹.

Los sociólogos afirman que las reformas legislativas que se sucedieron a lo largo de los años ochenta para adecuar el ordenamiento jurídico a las nuevas líneas maestras de la regulación de la familia diseñadas por la Constitución tuvieron una profunda influencia en los comportamientos sociales. A pesar de que buena parte de la población española había comenzado a incorporar cambios en las estructuras tradicionales de la familia desde finales de la década de los sesenta, las reformas legales contribuyeron decisivamente a que la transformación fuera en una dirección determinada¹⁰.

8 Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

9 Véase el comentario a estas reformas en VVAA, Comentario a las reformas del Derecho de familia, Madrid: Tecnos, 1984.

10 I. ALBERDI, La nueva familia española, Madrid: Taurus, 1999, pág. 57.

La legalización de los **métodos contraceptivos** en España fue posterior y, sobre todo, más precaria que en otros países europeos. Los métodos médicos de contracepción estuvieron prohibidos en el País hasta 1978¹¹. La legislación penal prohibía y castigaba con arresto mayor y multa de entre 600 y 1.200€ la información, difusión y venta de anticonceptivos. A pesar de ello, las españolas se acostumbraron a usarlos antes de su legalización. La prohibición legal y la condena de la Iglesia Católica fueron un obstáculo, más que un impedimento, para el control de la natalidad. En una encuesta realizada en 1971 sobre las actitudes de las mujeres españolas ante los métodos de planificación familiar la gran mayoría de las entrevistadas, el 68 por ciento, pedían mayor información sobre el uso de anticonceptivos y una mayor libertad para decidir si se quería o no tener hijos¹².

En palabras de Inés Alberdi, en el primer momento después de su legalización (a partir de 1978) la contracepción comenzó a utilizarse de forma masiva para frenar la llegada de más hijos, es decir, fueron las mujeres que habían tenido descendencia y no deseaban tener más las que comenzaron a utilizar la píldora y el dispositivo intrauterino. Estas mujeres contaron con la ayuda de los médicos, que se ampararon en argumentos pseudocientíficos, como el control de los ciclos menstruales, para prescribir anticonceptivos sorteando los impedimentos legales. En una fase posterior la anticoncepción se utilizará sobre todo para aplazar la llegada de los hijos en los primeros años del matrimonio¹³.

Por el contrario, el **aborto** siguió estando prohibido y perseguido incluso después de la legalización de los anticonceptivos. El Código Penal vigente permite a las mujeres interrumpir el embarazo sólo en caso de haber sido violadas, de que el feto sea portador de una enfermedad grave o cuando esté en peligro la salud o la vida de la embarazada¹⁴. La regulación legal del aborto sigue planteando problemas en cuanto al reconocimiento de los derechos reproductivos de las españolas. Si en la mayoría de los países europeos de la Unión, salvo en Irlanda, la interrupción del embarazo es una decisión que corresponde a la propia mujer, siempre que se haga en las primeras semanas, en España se castiga con pena de prisión al médico que realice interrupciones voluntarias del embara-

11 Ley 45/1978, de 7 octubre 1978, de modificación del Código Penal, que reformó los artículos 343 y 416, permitiendo la venta y el uso de anticonceptivos. Decreto 3033/1978, de 15 diciembre, del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social sobre la expedición y publicidad de anticonceptivos.

12 J. DÍEZ NICOLÁS, "Actitudes de la mujer española hacia los métodos de planificación familiar", *Revista Española de Opinión Pública*, 31/1973.

13 I. ALBERDI, La nueva familia española..., cit., p. 158.

14 El Código Penal vigente (aprobado en 1995) mantiene la vigencia del artículo 147 bis del anterior Código Penal.

zo. En la práctica esta regulación tan estricta invita a muchas mujeres a la transgresión y al uso de los servicios médicos extranjeros¹⁵.

Pese a la condena penal del aborto, la generalización del uso de los anticonceptivos y de los servicios médicos de planificación familiar proporcionaron a las mujeres españolas un importante medio de control de su capacidad reproductiva. A partir de los años ochenta, las mujeres y las parejas utilizaron la anticoncepción no sólo para evitar el embarazo antes del matrimonio o de la convivencia, sino también para planificar su descendencia, una vez casados.

En la actualidad, los anticonceptivos forman parte de la experiencia cotidiana de la mayoría de las mujeres españolas, que los utilizan en todo caso en algún momento de su vida para evitar embarazos indeseados y controlar su propia reproducción¹⁶. Esta transformación de los comportamientos reproductivos en la sociedad española se ha producido a una velocidad extraordinaria; en el paso de una generación encontramos a madres e hijas situadas cada una de ellas en pautas completamente diferentes: la madre utilizó la anticoncepción en una fase avanzada de su ciclo fértil, para evitar tener más hijos, y la hija para reducir o para aplazar la maternidad en el tiempo¹⁷.

3. Razones de la baja natalidad española actual

Los índices de fecundidad en España son actualmente, junto con Italia, los más bajos del mundo. Las mujeres españolas tenían en 1991 una media de 1,3 hijos cada una, mientras que la media de las mujeres suecas era, en ese mismo año, de 2,1. En el año 2001, tras una ligera recuperación con respecto al año anterior, el índice de hijos por mujer se sitúa en 1,25¹⁸.

En un país de cultura “familista”, donde se valora tener hijos y las mujeres declaran que les gustaría tener más

descendencia de la que tienen, la bajísima **tasa de natalidad** debe explicarse a partir de un conjunto de factores sociales complejos que expondremos brevemente.

Las razones que aducen las españolas para no tener hijos son de dos tipos, unas relacionadas con la falta de seguridad y perspectivas económicas así como el exceso de responsabilidad familiar que recae en las mujeres; y otras relacionadas con los hábitos de vida de las parejas y los cambios que los hijos suponen en el proyecto de vida.

El factor más importante es, sin duda, el **aumento de la actividad laboral femenina** asalariada. La compatibilidad del trabajo y de la familia es muy difícil y las mujeres jóvenes que ven peligrar sus puestos de trabajo en el caso de quedarse embarazadas resuelven el dilema teniendo “menos familia”. Las mujeres españolas no están dispuestas a renunciar a las aspiraciones de igualdad social recién alcanzadas, y como primera medida, han reducido drásticamente el número de hijos.

A la incorporación de la mujer al mercado de trabajo hay que añadir otros factores que contribuyen a frenar la natalidad. El más importante de todos es la **escasa oferta de servicios sociales**, como guarderías, escuelas infantiles, programas de ocio y tiempo libre en los colegios que permitan compensar la diferencia entre los horarios laborales y escolares. Por otra parte, según datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, en España hay más de 3.500.000 personas discapacitadas: ancianos y enfermos físicos y psíquicos suman el 9 por ciento de la población, para los que se cuenta con un número aproximado de 200.000 plazas de asistencia en residencias públicas¹⁹.

La escasa oferta de servicios sociales en este ámbito se suple con el esfuerzo de las familias²⁰. La familia todavía cumple en España una función importante de solidaridad y ayuda mutua ante situaciones de crisis económica o de desempleo²¹. Aunque, lo cierto es que el cuidado de los familiares en situación de dependencia, sean éstos niños, mayores o enfermos, es una tarea que mayoritariamente han venido desempeñando las mujeres. Pero los sociólogos advierten que el sistema está llegando a un punto de saturación. Ante el crecimiento de la población anciana y

15 De entre la abundante bibliografía española relativa al aborto cabe destacar, S. MIR (ed.), *La despenalización del aborto*, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1983. J. L. IBAÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid: Siglo XXI, 1992. Más recientemente, J. MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, Jaén: Universidad, 1996. M. C. MOLINA BLÁZQUEZ y S. SIEIRA MUCIENTES, *El delito de aborto: dimensión constitucional y penal*, Barcelona: Bosch, 2000.

16 M. RUIZ-SALGUERO, *La anticoncepción en España según la encuesta de fecundidad de 1995*, Centre D'Estudis Demogràfics, 2000. <http://www.ced.uab.es/PDFs/PapersPDF/Text176.pdf>. M. DELGADO PERÉZ, “La fecundidad en la España actual: embarazo, aborto y anticoncepción”, IV Congreso Español de Sociología, La Coruña (España), 1998.

17 I. ALBERDI, *La nueva familia española...*, cit., p. 160.

18 EUROSTAT, “First Results for the Demographic Data Collection for 2001 in Europe”, Statistics in Focus, Population and Social Conditions, Theme 3-17/2002.

19 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Salud”, España en cifras 2002, <http://www.ine.es/escif/escif/es/salu02.pdf>.

20 Compárese con la media de la Unión Europea donde los servicios públicos ayudan a más del 25 por ciento de la población anciana. Según el Informe de Eurostat que analiza la protección social en Europa, España ocupa el penúltimo lugar en prestaciones sociales, sólo por delante de Irlanda. G. ABRAMOVICI, “La protection social en Europe”, Eurostat, Statistiques en Bref, Population et Conditions Sociales, Theme 3-3/2003. http://europa.eu.int/comm/eurostat/Public/dashop/print-product/FR?catalogue=Eurostat&product=KS-NK-03-003-___-N-FR&mode=download.

21 L. FLAQUER, *El destino de la familia*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 162 y 163.

el retraso de la edad de independización de los hijos, las mujeres y las familias ya no pueden resolver los problemas,²² y optan por retrasar la maternidad y por tener menos hijos²³.

La **edad media de maternidad** de las mujeres españolas es superior a 30 años²³: la más alta de Europa, junto con Italia. Cada año nacen alrededor de cuarenta mil niños de mujeres de más de treinta y cinco años²⁴. Como es sabido, a partir de la edad indicada los márgenes de concepción femenina disminuyen rápidamente, pese a ello, la tendencia de las mujeres españolas al retraso de la maternidad se acentúa con el tiempo. El fenómeno está adquiriendo unas dimensiones tales que podemos hablar de una **causa social de la infertilidad** en la población femenina española.

Una de las consecuencias más graves de este retraso de la maternidad es que un gran número de mujeres tienen dificultades para procrear. La solución que se les ofrece a estas personas que desean tener descendencia a una edad tardía es la reproducción asistida. De hecho, como veremos más adelante, la mayoría de las mujeres que acuden a los **programas de procreación asistida** tiene una edad superior a los treinta años.

Sin duda, la decisión de aplazar la maternidad está relacionada con las causas antes descritas: la incorporación de las mujeres al trabajo asalariado y a la falta de servicios sociales de apoyo, pero, de alguna manera influye también un tercer factor añadido. Nos referimos a la confianza de las parejas en los nuevos métodos de procreación. Las mujeres confían en que pueden retrasar la maternidad hasta límites de edad peligrosos porque esperan que la nueva medicina procreativa tenga capacidad de resolver los problemas de fertilidad que puedan sobrevenir.

4. Políticas familiares del gobierno

Dada la gravedad de la situación, el fomento de la natalidad comienza a ser un asunto de interés en la agenda política española. Como hemos visto la caída de la fecundidad en España se debe a la suma de muchos factores, algunos de los cuales difícilmente pueden ser influenciados por los poderes públicos (si es que deben serlo): ¿qué incentivos se pueden ofrecer a las parejas que no tienen

hijos a pesar de gozar de una situación personal, laboral y familiar estable? Pero, existen otros factores sociales y económicos que deben ser contrarrestados si la sociedad española desea seguir teniendo generaciones suficientemente amplias que permitan la reposición poblacional.

Sin embargo, las políticas sociales de apoyo a las mujeres y a las familias desarrolladas en España se han caracterizado por la falta de sistematización y por lo tardío en su aplicación, agotando casi siempre todos los plazos establecidos por la Unión Europea. Las normas más importantes que han incidido en esta materia son tres.

En primer lugar, la **Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras** (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999)²⁵. Esta ley no es una excepción a la tendencia apuntada más arriba; en el momento de su aprobación la Unión Europea había denunciado a España por la falta de trasposición de la **Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES**, y por el incumplimiento sistemático de su obligación de desarrollar normas sobre la igualdad de derechos laborales entre hombres y mujeres.

El objetivo declarado de la Ley es fomentar la participación de los hombres en las responsabilidades familiares. Para ello arbitra una serie de medidas como el aumento de días de permiso laboral para atender a personas enfermas u hospitalizadas, así como las reducciones de jornada por guarda legal y cuidado de familiares²⁶. También se amplía la reducción de horas de trabajo por lactancia y se reconoce la posibilidad de determinar en qué momento del día quiere disfrutar de este permiso la trabajadora o trabajador. Con respecto a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad se introducen cambios obligados por la Directiva 92/85/CEE²⁷, aunque con deficiencias. La que primero salta a la vista es que se reconoce este derecho a las mujeres, aunque se incrementan las posibilidades de disfrute por parte de los varones. En cualquier caso, sólo la renuncia expresa de la madre (rea-

22 E. ARNEDE et al. "No da más de sí", El País, 9 de noviembre de 2002.

23 M. DELGADO, Estudio sobre la evolución de la maternidad en España entre 1975 y 2000, Madrid: CSIC, 2002.

24 En 1965, sólo el 12% de los nacimientos correspondían a madres de más de treinta y cinco años. En tres décadas la cifra se ha triplicado. El 39,17% de los partos son de mujeres de más de 35 años, el 34,39% de mujeres entre 30 y 35 y el 29,28% de mujeres entre 25 y 30. Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Encuesta de fecundidad de las mujeres españolas de 1999. En la dirección: <http://www.ine.es/daco/daco42/analisoci/fecundi/fecun99.htm>.

25 Algunas Comunidades Autónomas han desarrollado su propia normativa al respecto, véase, por ejemplo, el Decreto del Gobierno Vasco 177/2002, de 16 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral.

26 La reducción se reconoce indistintamente tanto a hombres como a mujeres y se amplían las necesidades de cuidado a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, siempre que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida.

27 Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del Artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). DOCE L Nº 348, de 28 de noviembre de 1992.

lizada por escrito al inicio de la petición de suspensión) da derecho al disfrute del derecho por parte del padre.

Por otra parte, se introduce una novedad importante consistente en declarar nulo el despido en aquellos casos en que la mujer esté en suspensión de contrato por maternidad, en suspensión del contrato por riesgo para el embarazo, o en cualquiera de los permisos o derechos contenidos en esta ley para el cuidado de familiares²⁸. Faltan en la ley previsiones sobre servicios públicos de asistencia y cuidados de los mayores o de las personas necesitadas de ayuda. En la práctica, pese a lo que indica su nombre, se trata de una ley destinada a las mujeres, para que estas puedan reducir su jornada de trabajo a cambio de dedicarse a tener más hijos²⁹.

Más recientemente, el Gobierno estatal ha aprobado una serie de medidas fiscales y administrativas para estimular el empleo de mujeres en el marco del **programa de fomento del empleo para el año 2003**³⁰, al que se han sumado varias Comunidades Autónomas.

En tercer lugar, se ha puesto en funcionamiento un conjunto de planes estatales y autonómicos de apoyo directo a las familias. Es importante señalar que España ocupa el último lugar, por detrás de Grecia y Portugal, en política de ayuda familiar. En un informe elaborado para la fundación La Caixa, se estima que, por término medio, los países de nuestro entorno gastan siete veces más que España en subsidios familiares³¹. La novedad, en cuanto a políticas familiares, consiste en el denominado **Plan Integral de Apoyo a la Familia**, aprobado el 10 de noviem-

bre de 2002 por el Consejo de Ministros³². En él queda clara su intención de incidir en el aumento de la tasa de natalidad. El Plan contempla una ayuda especial a las familias numerosas y una compensación adicional a partir del tercer hijo. También prevé la creación de una nueva ley de protección a las familias numerosas, tomando como punto de partida las conclusiones de la ponencia de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Senado³³ sobre la situación de las familias numerosas en España³⁴. A la espera de esta ley, el Gobierno ha anunciado un nuevo programa de ayuda a la familia que se pondrá en marcha a través de los ayuntamientos y de las comunidades autónomas³⁴. Entre las medidas de apoyo a las familias numerosas señalan la bonificación de hasta el 90 por ciento en el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), la preferencia para acceder a las viviendas de protección oficial frente a otras familias y el compromiso con las compañías de gas, electricidad y agua para aplicar tarifas especiales a las familias numerosas.

En cualquier caso, parece que el Gobierno tendrá que hacer más de lo hecho hasta ahora para que se recupere la tendencia bajista en la tasa de natalidad. Probablemente, tendrá que ofrecer empleos estables a las mujeres jóvenes y tendrá que ayudar a las parejas en el cuidado y atención a la infancia y a las personas discapacitadas. Sólo el reparto del cuidado de los niños entre hombres y mujeres, y un apoyo social decidido a las tareas parentales puede persuadir a las mujeres jóvenes para que tengan hijos. Esta es la línea en la que evolucionan otros países europeos como Suecia que coincidiendo con el aumento de las redes sociales de cuidados de la infancia y de las personas discapacitadas a cargo de las familias, ha visto aumentar

28 Estatuto de los Trabajadores artículo 55.5, modificado por la Ley 39/1999: "Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados."

29 J. MOSOCOSO DEL PRADO y L. RUANO, "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral ¿Sólo para mujeres?", El País, 2 de noviembre de 1999.

30 Ley 53/2002, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, artículo 47 (BOE, nº 313, de 31 de Diciembre de 2002).

31 La media europea dedicada a las políticas familiares es del 8,1% del PIB, mientras que en España es del 2,1%. Vid. L. FLAQUER, "Las políticas familiares en una perspectiva comparada", Colección de Estudios Sociales, Fundación "la Caixa", 3/2000.

32 El Plan puede consultarse en la página electrónica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, http://www.tt.mtas.es/periodico/documentos/200111/doc20011115_2.htm.

Paralelamente, la Comunidad Autónoma Vasca ha aprobado el Decreto 176/2002, sobre el Plan Interinstitucional de Apoyo a las Familias con Hijos/as.

33 Las Familias numerosas están reguladas en la actualidad mediante la Ley 25/1971 de 19 de junio, de Protección de las Familias Numerosas. Las diversas asociaciones y federaciones españolas, desde las correspondientes comunidades autónomas, exigen que se revise y se modifique esta Ley para dar respuesta a las necesidades actuales. Esta ley destaca por las pocas modificaciones que ha experimentado a partir de las exigidas por la Constitución de 1978. El primer cambio tuvo lugar con la aprobación del Real Decreto 1801/1995 de 3 de noviembre, que contempla medidas fiscales, administrativas y de orden social en materia de ampliación del concepto de familia numerosa. Estas nuevas disposiciones, en vigor desde el 1 de enero de 1995 ampliaron la consideración de familia numerosa a partir de tres hijos. Véanse también la Ley 8/1998, de 14 de abril, de ampliación del concepto de familia numerosa y la Ley 47/1999, de 16 de diciembre, por la que se modifica el artículo 5 de la Ley 27/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas.

34 A título de ejemplo, los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma Vasca han desarrollado incentivos fiscales de apoyo a las familias. Véase, en Gipuzkoa, el Decreto Foral 118/1999, de 21 de diciembre (BOG nº 249, 30-12, pág. 19.336).

su natalidad hasta alcanzar en la actualidad cifras más elevadas que muchos otros países europeos.

5. Las técnicas de asistencia a la reproducción como sustitutivo de políticas familiares activas del gobierno

En la línea de las reformas iniciadas por los poderes públicos para incentivar la fecundidad, el Congreso de los Diputados aprobó en el año 2002 una **Proposición no de Ley relativa al fomento de la natalidad en España a través de una cobertura mayor del diagnóstico y tratamiento de la infertilidad**³⁵ en la que se afirma que “en gran medida, debemos ligar la escasa tasa de natalidad con la infecundidad, además de una serie de alteraciones socio-económicas que se han producido en las últimas dos décadas y que conducen a que esta tasa no crezca en los términos que la sociedad del futuro requiere”.

La Proposición aprobada resulta un tanto confusa, ya que la reproducción asistida, pese a algunas dudas iniciales, se incluyó desde el principio en las prestaciones debidas a los asegurados de la Seguridad Social. Parece, por tanto, que el objetivo de la Proposición es consolidar y potenciar el ofrecimiento de las prestaciones sanitarias públicas comprendidas en la asistencia a la reproducción. En cualquier caso, cabe preguntarse si la cobertura social de la medicina reproductiva es, realmente, una medida eficaz para luchar contra la baja natalidad en España. En un principio podría parecer que sí, dado el número de clínicas de fertilidad que funcionan en España.

El Ministerio de Sanidad español hace públicos de forma periódica los datos del Registro de Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Asistida (RCTTRA)³⁶. La información que hemos manejado está actualizada a 1 de febrero de 2003. Para Cataluña puede consultarse también el Registro catalán de centros³⁷. En 1988, catorce centros practicaban la fecundación *in vitro* en España, cuatro de los cuales eran hospitales públicos que aplicaban programas piloto de reproducción asistida³⁸. Doce años después, en mayo del 2000, había 118 clínicas censadas en el Registro de Centros. En el año 2001 se abrieron 53 centros nuevos, y sólo se registró la desaparición de un pequeño centro murciano. En el año 2002 el crecimiento fue más moderado: se autoriza-

ron 12 centros nuevos, de los cuales 10 son privados. A 1 de febrero de 2003 el censo del RCTTRA registraba 203 centros autorizados para la práctica de la medicina reproductiva, 38 públicos y 165 privados.

Compárense estos datos con los ofrecidos por otro registro europeo como el FIVNAT francés, que da noticia de 83 centros autorizados para la práctica de diversas técnicas de medicina reproductiva en el año 2000³⁹. A pesar de que la actividad desarrollada por la mayoría de los centros franceses es mayor que la de las unidades españolas, que son, por lo general, centros más pequeños, no hay duda de que el número de clínicas autorizadas en España rebasa ampliamente el promedio de centros de reproducción asistida por habitante de los países de la Unión⁴⁰.

Es tanta la demanda de estas técnicas en España que desde el momento en que una pareja acude al servicio de ginecología y obstetricia de un centro público, hasta que recibe el primer tratamiento de reproducción asistida transcurren unos 26 meses. El 31 de diciembre de 2000 había 7.850 mujeres en **lista de espera** para someterse a una FIV/ICSI⁴¹. Si de lo que se trata es de una donación de óvulos, la espera puede prolongarse hasta tres años (aunque, en algunos centros es posible mejorar la posición en la lista aportando una persona dispuesta a donar sus óvulos)⁴².

¿Qué razón hay para que la demanda de medicina reproductiva sea tan grande en España? En principio los estudios médicos indican que la tasa de esterilidad que presentan las parejas españolas es parecida a la del resto de los países occidentales: en torno al 15 por ciento de las parejas en edad de procrear. ¿A qué se debe, entonces, el enorme uso que hacen los españoles de la medicina reproductiva? La respuesta podría hallarse en la edad de las usuarias. La **edad** media de las mujeres españolas que se someten a estas técnicas supera los 30 años. La mayoría de las usuarias suelen tener entre 30 y 39 años (aproximadamente tres de cada cuatro pacientes)⁴³.

35 BOCG, Congreso de los Diputados, D, nº 227, de 11 de septiembre de 2001.

36 Los datos a los que nos referiremos en este epígrafe están recogidos en varias tablas elaboradas por el Registro de Centros de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo. <http://www.msc.es/centros/home.htm>.

37 Centros sanitarios autorizados en Cataluña, <http://www.gencat/sanitat/cercacentres2.asp>.

38 Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, Madrid, 1988, pág. 129.

39 El FIVNAT es la asociación de centros de reproducción asistida a la que pertenece la práctica totalidad de las unidades autorizadas de medicina reproductiva de aquel país. Las estadísticas elaboradas por el FIVNAT se publican en la página, <http://perso.wanadoo.fr/fivnat.fr>.

40 El promedio de habitantes por centro en España en 1998 era de 209.424 (habitantes por centro), y en Francia de 698.795. Estos datos han sido elaborados a partir de la información proporcionada por el Registro español de centros, el FIVNAT y el Registro americano.

41 R. MATORRAS, Informe sobre la reproducción asistida en el sistema sanitario español, s.l., febrero 2002.

42 Aunque, la falta de control de la actividad de los centros dificulta enormemente el manejo de las listas de espera, que podrían estar artificialmente abultadas, ya que la misma paciente puede haber solicitado tratamiento en varios hospitales públicos al mismo tiempo y, en consecuencia, figurará simultáneamente en varias listas de espera.

43 Datos ofrecidos por la SEF: <http://www.sefertilidad.com/>.

Una primera conclusión que podemos extraer del análisis de estos datos es que una causa frecuente del recurso a la medicina reproductiva por parte de las mujeres españolas es la avanzada edad en la que deciden tener su primer hijo. Reiterando lo dicho más arriba, estos datos permiten hablar de una **causa social en la infertilidad** de las españolas que las lleva a pedir ayuda a la medicina reproductiva.

Es previsible que la tendencia constatada de la medicina española a tratar cualquier tipo de esterilidad, incluida la “infertilidad social”, mediante la tecnología procreativa se acentúe a partir de la entrada en vigor del proyectado decreto de prestaciones sanitarias del sistema público de salud al que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo, parece que para incidir sobre la tasa de natalidad no es suficiente con publicar la medicina reproductiva, sino que es prioritario un abordaje amplio en el que se incluyan medidas más eficaces que las actuales de tipo social, económico y laboral, además de seguir incluyendo la medicina reproductiva en los repertorios de prestaciones debidas por los sistemas de salud.

6. La reproducción asistida en España: luces y sombras

Han transcurrido 25 años desde que las españolas vieron reconocido su derecho a la contracepción y al control de la natalidad. Casi tres décadas más tarde, lo primero que llama la atención cuando se observa el fenómeno de los derechos reproductivos es la rapidez con la que las mujeres españolas asimilaban primero los procedimientos contraceptivos y han realizado después la transición hacia una concepción más amplia de sus derechos reproductivos. Aunque han quedado en el camino derechos importantes como la interrupción del embarazo, podemos decir que lo que más preocupa a las españolas hoy en día no es la contracepción, que, como hemos visto, se ha incorporado plenamente a la cotidianidad de la mayoría, sino la posibilidad de tener hijos cuando éstos son realmente deseados.

En muchos casos la postergación de la maternidad por razones sociales y económicas obliga a las parejas y a las mujeres a enfrentarse después, cuando deciden tener hijos, a problemas de infertilidad, causados por la edad o por problemas fisiológicos de alguno de los miembros de la pareja. En esa tesitura, la medicina reproductiva se presenta como una tabla de salvación para muchas parejas que consideran importante tener descendencia propia. Sólo una vez de que fallan los métodos de procreación asistida se empieza a plantear la adopción. La intensidad

con la que se recurre a las técnicas de reproducción asistida en España obliga a reflexionar seriamente sobre las condiciones legales de acceso y de empleo de estos métodos.

6.1. La normativa reguladora

La **Ley española de asistencia médica a la reproducción humana**⁴⁴ es relativamente reciente, data de 1988; pero, a pesar de su juventud, es uno de los primeros instrumentos legislativos que se promulgaron en el mundo: el grueso de la normativa extranjera se elaboró en la primera parte de los años noventa.

La valoración que mereció la Ley de Reproducción Asistida española por parte de los juristas en el momento de su promulgación fue, en general, negativa⁴⁵; por el contrario, los médicos y los centros de fertilidad le dispensaron una acogida favorable. Su contenido fue calificado por propios y extraños de excesivamente permisivo.

44 Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988, de regulación de las técnicas de reproducción asistida (LTRA). Por su parte, la Comunidad Autónoma catalana había reglamentado el funcionamiento y control de los centros mediante un Decreto de 1991 -anterior, por tanto, al promulgado por el Estado-. Y reguló también, mediante Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, complementada por el Código de sucesiones del mismo año, el establecimiento de la filiación derivada de reproducción asistida.

45 El juicio más negativo vertido sobre la norma fue el de Fernando Pantaleón, que además de denotar la forma en la que se tramitó la Ley, hizo un análisis negativo de la mayoría de las soluciones adoptadas: el anonimato del donante y el establecimiento de la paternidad, el acceso de la pareja no casada y de la mujer sola, la fecundación post mortem y la maternidad subrogada. En su opinión, “que una ley, que, por afectar de forma significativa a los derechos fundamentales de los nuevos seres, debería probablemente haber merecido el rango de orgánica, haya sido aprobada en el Congreso por la Comisión de Política Social y Empleo, por la única razón (¿o hay otra que se me escapa?) de que el diputado promotor de la misma está en esa Comisión, es algo absolutamente impresentable. [...] Habrá que publicar algún día, convenientemente glosado, el iter parlamentario completo de la Ley 35/1988 para vergüenza de cuantos han participado en él y para que la sociedad pueda enterarse fácilmente de la bochornosa manera en que se producen hoy en España aquellas leyes que no repercuten de manera directa en el Producto Nacional Bruto.” Y continúa, “lo mejor que puede hacerse con esta ley es derogarla de inmediato, antes de que el Tribunal Constitucional se vea obligado a tomar cartas en el asunto. Derogar la ley, pero no olvidarla. Todo lo contrario, debería ser incluida como materia absolutamente obligatoria en la carrera de Derecho, a fin de que los alumnos aprendieran, divirtiéndose, la forma en que no debe hacerse una ley”. F. PANTALEÓN PRIETO, “Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la Democracia*, 5/1988, págs. 19, 20 y 36.

Carlos María Romeo Casabona consideró que se trataba de una Ley prematura, que realizaba determinadas opciones sin que hubiera consenso internacional o social sobre ellas. Le mereció un juicio igualmente negativo el que no se hubieran previsto suficientes mecanismos de control de las actividades reguladas. No obstante, el penalista juzgó positivo el hecho de que la ley fuese la primera que abordaba los problemas de la reproducción asistida de forma extensa, y que, aunque sólo fuese por este motivo, se convertía en referencia obligada en el derecho comparado. C.M. ROMEO, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 93.

Véase también D. LÓPEZ LERA, “Estudio de la información estadística sobre reproducción humana asistida en España (1993-1998), Madrid: Trotta, 2001, pág. 114.

Se autorizaban todas las técnicas de fertilidad conocidas en aquel momento, se admitía la donación de gametos y de embriones, las mujeres podían recurrir a semen donado anónimo tanto si tenían pareja como si no, se reconocía la filiación del concebido con semen congelado tras el fallecimiento del marido... Lo único que se prohibía era la maternidad subrogada.

La singularidad de la Ley española se explica en parte por la tendencia legislativa del período en el que se inscribe, por el carácter democrático, centrista y socialista de las primeras legislaturas, que, como se ha dicho anteriormente, se puso de manifiesto en la regulación progresista tanto en materia médica como en el Derecho de familia. La democratización de las estructuras familiares, seguía el impulso proveniente de la Constitución de 1978 y de las leyes relativas al matrimonio y a la familia de 1981. Por otra parte, influyó también el hecho de que la sociedad española de dicho período estaba inmersa, como hemos visto, en un proceso de modernización. El "bioderecho" promulgado durante la década de los ochenta mostraba una voluntad clara de fomentar la investigación y el desarrollo de las ciencias biomédicas en el País⁴⁶.

La norma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Popular. La sentencia del Tribunal Constitucional (STC 116/1999, de 17 de junio), que se demoró trece años, rechazó con argumentación insuficiente los argumentos del recurso y confirmó la adecuación de todos sus preceptos a la Constitución, con excepción de una habilitación reglamentaria al Gobierno que se considera caducada. El Tribunal se resistió a la pretensión de los recurrentes de invalidar el conjunto de la norma por no haber respetado la reserva de ley orgánica -pretensión apoyada por el único voto particular emitido-, por entender que las técnicas de reproducción asistida no afectan de forma directa al núcleo de derecho fundamental alguno.

Quince años después de la promulgación de la norma, la situación no ha variado sustancialmente. La toma del poder por un partido político conservador permitía augurar el desmantelamiento de la legislación relativa a la familia promulgada durante los años ochenta (leyes de divorcio, aborto, reproducción asistida, etc.), pero no ha sido así. El partido que ostenta la responsabilidad de gobernar, que en su día se opuso frontalmente a la aprobación de la ley sobre reproducción asistida, ha mantenido la legislación vigente en este ámbito. El Partido Popular ha hecho suyas las reformas de los socialistas, quizás por considerarlas adquisiciones irrenunciables en la modernización de la sociedad española, y hasta ha aprobado un proyecto no de ley al que nos hemos referido antes para introducir dichas técnicas en las prestaciones de la sanidad pública. Pero, como era de esperar en un partido confe-

sional, tampoco ha querido ceder ante los grupos de presión que reclaman una mayor flexibilización de la normativa existente.

Los científicos españoles solicitan la adecuación de la Ley a los nuevos retos biotecnológicos, sobre todo la investigación con **células embrionarias**. Varios grupos de la oposición han presentado propuestas de ley que persiguen actualizar la norma en los aspectos en los que ha quedado superada por el avance científico, a saber, la investigación sobre embriones sobrantes y el tiempo máximo durante el que se pueden crioconservar los gametos⁴⁷. Sin embargo, el Grupo parlamentario Popular, que sostiene al Gobierno actual, se ha negado reiteradamente a acometer la actualización solicitada por la oposición. Valga como ejemplo, la postura que han mantenido los representantes españoles en el debate sobre las células madre que se ha desatado en la comunidad internacional⁴⁸. En el orden interno se ha realizado una interpretación restrictiva de la Ley de reproducción asistida con el fin de prohibir los proyectos de investigación sobre células troncales en los que estuviera previsto el empleo de embriones congelados viables -aún cuando hubieran sido abandonados por la pareja de la que proceden-.

En cambio, como se ha dicho más arriba, el propio Grupo Popular ha impulsado una propuesta no de ley en la que se solicita al Gobierno que amplíe las prestaciones obligatorias de reproducción asistida en los hospitales públicos españoles, como medida de fomento de la natalidad, e incluso ha promulgado un Real Decreto autorizando experiencias controladas con ovocitos congelados⁴⁹. Este hecho confirma el deslizamiento del Partido Popular hacia la aceptación de las técnicas de reproducción asistida, a las que se opuso hace quince años, aunque sin atreverse a superar los límites de aquella normativa.

47 Grupo parlamentario Socialista. Proposición de Ley de modificación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. (122/000154). Presentada el 8 de Noviembre de 2001. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 172-1, de 23 de Noviembre de 2001, pág. 1. Grupo parlamentario Federal de Izquierda Unida, Proposición de Ley para la regulación de la investigación y experimentación con técnicas de clonación sobre embriones humanos sobrantes de la fecundación in vitro, para fines terapéuticos en determinadas enfermedades genéticas, degenerativas e invalidantes (Orgánica). (122/000225). Presentado el 4 de Junio de 2002, BOCG. Congreso de los Diputados", serie B, núm. 253-1, de 14 de Junio de 2002, pág. 1. Grupo Parlamentario Socialista, Proposición de Ley de modificación de la Ley 35/1988 y 42/1988 (122/000257). Presentada el 19 de noviembre de 2002. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 290-1, de 22 de noviembre de 2002.

48 El Estado español se opuso a la financiación de proyectos de investigación del Programa Marco V de la Unión Europea que implicara la destrucción de embriones; e impidió junto con Estados Unidos, El Vaticano y Filipinas, la aprobación en el seno de la UNESCO de un Convenio regulador del empleo de embriones para la investigación en el año 2002.

49 Proposición de Ley relativa al fomento de la natalidad en España a través de una cobertura mayor del diagnóstico y tratamiento de la infertilidad. BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 227, 11 de septiembre de 2001.

46 V. MÉNDEZ BAIGES, "Bioética y Derecho", Tribuna, 21/1998: 24.

6.2. Falta de control

La ley española data, como se ha dicho, de 1988, sin embargo, el desarrollo reglamentario previsto en la misma no se produjo hasta mediados los años noventa. Los reglamentos debían concretar los requisitos de autorización y funcionamiento de los Centros que practiquen la fecundación asistida; los protocolos de información y de estudio de los donantes y de los usuarios; la creación y organización de un Registro Nacional de Donantes; y la creación y organización de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. A lo que se debía añadir, la confección de una lista de enfermedades hereditarias detectables mediante el diagnóstico prenatal; los requisitos para autorizar la experimentación con gametos; y el transporte de los mismos y de los preembriones⁵⁰. Sin embargo, de los seis Decretos previstos sólo se han promulgado tres: Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana⁵¹; Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida⁵²; Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁵³. Los dos primeros se publicaron a los siete años y medio de la entrada en vigor de la Ley, y el último a los ocho años. Las tres materias enumeradas en último lugar carecen, en cambio, de regulación reglamentaria.

Por otra parte, el desarrollo reglamentario coincidió con la reforma del Código penal, que introdujo un nuevo Título referente a los delitos relativos a la manipulación genética, el cual incluye varios tipos referidos a la práctica de la reproducción asistida⁵⁴.

Se ha dicho que, durante el tiempo en que faltó el desarrollo reglamentario, las disposiciones de la Ley fueron prácticamente inoperativas e ineficaces en materia de control y de garantía de calidad sanitaria, con la reseñable excepción de Cataluña, que contaba con un Decreto de

regulación del funcionamiento de los centros de asistencia a la procreación desde 1991⁵⁵. El resultado fue que la aplicación de muchos aspectos de la Ley dependió del buen hacer y de la voluntad de los centros. Y lo cierto es que aún hoy la mayoría de las clínicas de fertilidad se niegan a proporcionar la información solicitada por los Registros de Donantes y de Actividad, alegando que se trata de datos confidenciales que pueden poner en peligro la intimidad de los usuarios. Como consecuencia de la inactividad de dichos Registros, se desconocen los resultados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, lo cual impide la evaluación de los mismos por parte de las autoridades sanitarias. La falta de un control riguroso de la actividad de los centros redundará en perjuicio del derecho de la usuaria a recibir información veraz sobre las posibilidades de éxito del tratamiento al que desea ser sometida.

6.3. Ley obsoleta

Es un hecho que la medicina de la reproducción cuenta hoy con numerosos métodos que no existían en la fecha de publicación de la Ley española. Ya no se trata solamente de regular el uso de tres técnicas médicas, como podía ser el caso a fines de la década de los ochenta, sino de ordenar todo un sector de la medicina de extraordinaria pujanza, pero que no ha ganado aún plenamente la confianza de la sociedad. La regulación aprobada en 1988 es **insuficiente** para responder a los retos del presente. El afianzamiento de la nueva rama de la medicina requiere un ordenamiento que redunde en la mejora de la calidad del servicio ofrecido al ciudadano. Téngase en cuenta que la mayoría de las leyes bioéticas europeas de finales de los ochenta y principios de los noventa han sido revisadas (es el caso de las leyes de Dinamarca, Suecia y Francia), en cambio, España parece haber perdido el estímulo que propició la aparición de la ley de 1988.

La ciencia ha avanzado muy por delante de las previsiones de la normativa española: se han perfeccionado los tratamientos, se han inventado nuevas técnicas que carecen de sanción legal expresa, y han desaparecido otras recogidas en la propia norma. El vacío legal generado por la incorporación de nuevos procedimientos provoca importantes problemas de funcionamiento y de inseguridad jurídica. La técnica legislativa empleada en la definición del ámbito de aplicación de la norma genera un espacio de indefinición o de penumbra con respecto a la legalidad de las técnicas que han surgido en un momento posterior a la aprobación de la Ley. Nos referimos a métodos como la inyección de espermatozoides en el óvulo (ICSI). Ante la

50 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Disposiciones Finales primera, segunda, tercera y cuarta.

51 BOE 23 de abril de 1996, núm. 72, pág. 11253.

Desarrollado por la Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las Normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones (BOE 2-5-1996, núm. 106, pág. 15469).

52 BOE 23 de abril de 1996, núm. 72, pág. 11256.

53 BOE 22 de abril de 1997, núm. 70, pág. 9419.

54 Código Penal, Título V. "Delitos relativos a la manipulación genética", artículos 159 a 162.

55 Decreto 123/1991, de 21 de mayo, sobre autorización administrativa de centros y servicios que realicen técnicas de reproducción asistida (DOGC, 7 de junio de 1991).

falta de un procedimiento legal *ad hoc* de acreditación de nuevas técnicas de reproducción asistida, obviamente, no quedaba otro remedio que acudir a la regulación general sobre autorización de productos tecnológicos sanitarios.

Según las previsiones referidas, la ICSI debería haberse probado como una técnica experimental antes de autorizar su empleo en la rutina clínica; y, en todo caso, su incorporación al sistema público de salud hubiera requerido su aprobación por Decreto. Esta es la vía que finalmente se ha seguido para autorizar experiencias clínicas con óvulos congelados⁵⁶, y la que también debería haberse adoptado antes de autorizar la ICSI. No ha sido así. Nuevas técnicas han engrosando el bagaje de la medicina reproductiva pública y privada, por vía de hecho, sin el debido soporte reglamentario, ante la pasividad de las autoridades sanitarias. La falta de un verdadero control público de la introducción de técnicas novedosas de fertilidad en la rutina clínica supone que muchos procedimientos experimentales se ofrecen directamente a los pacientes en las más de doscientas clínicas de reproducción asistida españolas bajo el reclamo de “terapias innovadoras”, sin haber superado un auténtico examen previo de seguridad y eficacia.

Por otra parte, estudios clínicos procedentes de algunas prestigiosas Agencias de Evaluación Tecnológica han advertido sobre los riesgos potenciales para la salud del *nasciturus* del uso indiscriminado de determinados métodos. La aplicación de técnicas como el diagnóstico genético sobre el embrión preimplantatorio (DPI)⁵⁷ e incluso la propia inyección de espermatozoides en el uso clínico podría dar lugar a alteraciones cromosómicas irreversibles en el nacido, cuyas consecuencias no es capaz de predecir

56 Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida (BOE 15-02-2003).

El artículo 11.2 de la Ley 35/1988 establece que no se autorizará la crioconservación de ovocitos con fines de reproducción asistida en tanto no haya suficientes garantías sobre su viabilidad después de su descongelación. Conforme al criterio manifestado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la experiencia posterior acumulada en investigación básica sobre congelación de ovocitos y tejido ovárico, desarrollada conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 35/1988, ha mejorado las expectativas mencionadas. Esa situación, así como la posible utilización de esas técnicas para resolver ciertos casos de esterilidad sobrevenida por el sometimiento de las pacientes a tratamientos potencialmente esterilizantes, e igualmente su posible contribución a resolver otros problemas en el campo de la reproducción humana asistida, aconsejan ahora efectuar la regulación de las condiciones en las que llevar a cabo en nuestro país experiencias controladas mediante las que se evalúe si existen las garantías suficientes antes citadas, que, en su caso, permitan con carácter general la crioconservación de ovocitos o tejido ovárico y su posterior fecundación, contribuyendo así al perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida a las que se refiere el artículo 16.1.a) de la Ley 35/1988.

⁵⁷ OSTEBA, Informe Técnico sobre diagnóstico genético preimplantacional dirigido a la prevención de la hemofilia y otras enfermedades ligadas al sexo, Vitoria-Gasteiz: Osakidetza, 14 febrero 2002.

la medicina actual⁵⁸. Ante esta situación, el Comité Científico sobre Productos Sanitarios de la Unión Europea ha recomendado realizar un cuidadoso análisis que tenga en cuenta los posibles riesgos y beneficios de dichas técnicas y ha aconsejado, en todo caso, un seguimiento exhaustivo de su uso experimental y clínico⁵⁹. Con todo, la opinión del Comité es novedosa y relevante por ser claramente favorable a la aplicación en la evaluación de las nuevas técnicas de fecundación y manipulación de células germinales, del **principio de precaución**, recogido en el artículo 174 (antiguo 130 R) apartado 2 del Tratado de la Comunidad Europea. De prosperar la propuesta de aplicación del principio general de precaución en el ámbito de la reproducción asistida, se produciría un vuelco importante en las políticas sanitarias de la mayoría de los gobiernos europeos.

6.5. Mujeres solas y lesbianas

Según el artículo 6.1 de la Ley española de reproducción asistida: “Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.” Esta disposición se contradice con el artículo primero de la misma norma el cual limita el empleo de la reproducción asistida a la lucha contra la infertilidad y a la prevención de enfermedades hereditarias en la descendencia⁶⁰.

La mayor parte de la doctrina española entiende que el artículo 6º permite a las mujeres sin pareja beneficiarse de la donación de semen anónimo (y de embriones). Un sector minoritario fundamenta esta facultad en el derecho

⁵⁸ HEALTH COUNCIL OF NETHERLANDS, Assisted Fertilization: ICSI, The Hague: Health Council of the Netherlands, publ. nº 1996/06E; M. LÓPEZ ARGUMEDO, M. Inyección espermática intracitoplasmática (ICSI). Servicio de Evaluación de Tecnologías Sanitarias (OSTEBA), 2000.

⁵⁹ El Comité entiende que la manipulación de células reproductivas humanas supone un menor nivel de riesgo que otras técnicas como el trasplante de células o de tejidos procedentes de órganos humanos o animales –conocido como xenotrasplante–; ya que las consecuencias del DPI o de la ICSI sólo afectan al nacido, y no al conjunto de la comunidad –como podría suceder si se expandiera una infección contagiosa provocada por el trasplante de células animales infectadas en el organismo humano–; y por otra parte, añade el Informe citado, que se trata de un riesgo confinado a una parte muy pequeña de la población. SCIENTIFIC COMMITTEE ON MEDICINAL PRODUCTS AND MEDICAL DEVICES, Opinion of the State-of-the-art concerning Tissue Engineering, Unión Europea, Dirección General de Sanidad, 1 Octubre 2001.

⁶⁰ Ley 35/1988 artículo 1.2 y 1.3: “2. Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. 3. 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.”

individual de la mujer de formar una familia⁶¹. Por el contrario, según la opinión más extendida (a pesar de que con la ley en la mano, es muy difícil negar a las mujeres solas el derecho a ser inseminadas con gametos de donante) el recurso a gametos donados no se puede considerar un derecho propiamente dicho, sino un simple interés, que debe ceder ante el derecho del nacido a investigar la paternidad⁶². Tanto desde el punto de vista de la responsabilidad del varón en las tareas educativas de la prole, como del derecho del nacido a investigar la paternidad (reconocido por el artículo 39 CE) parece dudoso que esta opción legal sea acertada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dado por buena la inseminación de mujeres sin pareja fundamentándose en el derecho de las mismas a formar una familia⁶³.

Se han hecho esfuerzos por racionalizar la exégesis de la ley y conciliar el artículo 6.1 con el 1.2. Encarna Roca, por ejemplo, propone que sólo las mujeres infértiles puedan acceder a semen donado. Según esta autora, el derecho a la salud de la mujer puede justificar, el recurso a gametos donados por parte de la mujer sola infértil, dado que, aunque quisiera, esta mujer no podría tener hijos por medios naturales⁶⁴.

Según cálculos oficiosos, la proporción de mujeres solas o sin pareja que solicitan inseminación con semen

donado en los centros privados españoles es del 30 por ciento del total de los tratamientos aplicados; en cambio, en los hospitales públicos la proporción descende a 2 mujeres de cada cien⁶⁵. Esta diferencia se debe a que en los centros públicos se forman largas listas de espera y muchos hospitales aplican criterios de prelación favorables a las parejas heterosexuales.

Un estudio realizado por el Instituto CEFER sobre 68 pacientes revela que las receptoras maduran su decisión durante 21 meses aproximadamente⁶⁶. Las razones que suelen aducir para recurrir a la inseminación con donante suelen ser, en el caso de las heterosexuales, el haber alcanzado determinada edad sin haber encontrado una pareja estable que desee tener hijos; y, en el caso de las lesbianas, el rechazo a tener relaciones sexuales con un hombre para quedar embarazadas. En general, las mujeres que deciden acudir a centros de fertilidad declaran que desean evitar recurrir al engaño o instrumentalizar a un varón para poder tener hijos, y subrayan el hecho de que los Bancos de gametos garantizan que el semen empleado no transmitirá enfermedades hereditarias graves.

La independencia económica y la aceptación social de las familias monoparentales favorecen que las mujeres sin pareja se decidan a intentar esta vía⁶⁷. Gran parte de las mujeres que desean procrear sin contar con un varón acuden a centros privados. Ahora bien, no todos los centros privados atienden este tipo de solicitudes. Algunas clínicas se limitan al tratamiento terapéutico de parejas infértiles o en las que concurra un riesgo importante de transmitir una enfermedad al nacido⁶⁸. Por su parte, los centros públicos siguen diferentes políticas, en algunos se exige que la mujer sea estéril, o tenga problemas fisiológicos que le impidan procrear por medio de la relación sexual. En cambio, otros centros atienden a todas las mujeres mayores de edad, incluidas las fértiles, siempre que gocen de buena salud para llevar a cabo el embarazo.

La prensa ha dado noticia en los últimos años de varios casos en los que la sanidad pública ha proporcionado gametos donados a mujeres lesbianas, cuyo deseo expreso era compartir las tareas parentales con sus compañeras. En realidad, la ley sólo permite prestar consentimiento con efectos de asunción de la paternidad al varón casado o conviviente con la mujer inseminada⁶⁹, pero no a la pareja

⁶¹ Se dice que, pese a que la procreación es un derecho de ejercicio conjunto (al igual que el matrimonio o la asociación), su titularidad es individual; por tanto, sería defendible que la decisión de tener hijos o de no tenerlos pertenece al ámbito de libertad, autonomía e intimidad de cada mujer. Y. GÓMEZ SANCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Marcial Pons, 1994, pág. 41 y ss.; M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las técnicas de reproducción humana*, Barcelona: Bosch, 1995, pág. 131 y ss.; F. RIVERO HERNÁNDEZ, "La filiación derivada de procreación asistida", *Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Barcelona: Bosch, 1997, pág. 522.

⁶² J. GAFO, *Nuevas Formas de Reproducción Humana*, Madrid: UPC, 1986, pág. 54; F. PANTALEÓN, "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15/1993: 130; J.E. BUSTOS PUECHE, *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid: Dykinson, 1996, pág. 96; C.F. FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1999, pág. 109 y ss.; J. VIDAL MARTINEZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Rev Der Gen H*, 12/2000:132 y ss. y G. BALDINI, *Tecnologie Riproduttive e problemi giuridici. Riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall'affermarsi delle metodiche artificiali di procreazioni umana*, Turin: G. Giappichelli Editore, 1999, pág. 30.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional F.J. 13 y 14. Según el Tribunal la Constitución protege todo tipo de familias, incluidas las monoparentales. Por tanto, no cabría impedir a las mujeres que tengan hijos por este medio.

⁶⁴ E. ROCA, "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *Derecho y Salud* 1/1999, pág.3

⁶⁵ Los datos se han tomado del reportaje realizado por el *Diario Vasco* en las Unidades de Reproducción Asistida de Cruces en Bilbao y Quirón, en Barcelona. *Vid. Diario Vasco*, 22 de mayo de 1999.

⁶⁶ Instituto CEFER, *Informe sobre la inseminación artificial de la mujer soltera*, <http://www.institutocefer.com/>

⁶⁷ *El País*, 13 febrero de 2000.

⁶⁸ *Diario Vasco*, 22 mayo 1999.

⁶⁹ Ley 35/1988, artículo 8: "1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada

del mismo sexo. En cuanto a la posibilidad de adoptar al nacido de semen donado, las leyes autonómicas de parejas de hecho, se limitan a reconocer a las parejas homosexuales la posibilidad de la adopción conjunta, pero cierran el paso, al menos por el momento, a la adopción del hijo biológico de la pareja. Por tanto, la igualdad de los derechos de las parejas homosexuales y heterosexuales reconocida por las leyes de parejas de hecho, es sólo parcial⁷⁰.

6.6. Fecundación post mortem

La Ley española de reproducción asistida autoriza a la compañera o a la esposa del varón premuerto a emplear sus gametos, y permite además que se establezca su paternidad sobre el nacido, siempre que el fallecido haya consentido previamente y que la fecundación se produzca antes de que transcurran seis meses desde el deceso (artículo 9.2)⁷¹. En cambio, la ley catalana amplía el plazo a nueve meses desde el fallecimiento del consiente⁷².

La interpretación de los límites de la fecundación *post mortem* han dado lugar a varias sentencias que niegan el derecho de la viuda a ser inseminada sin el consentimiento del varón premuerto. En el primer caso planteado ante los Tribunales, la Audiencia Provincial de la Coruña dictó un Auto⁷³, que anulaba un Auto anterior por el que

fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación. 2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.”

⁷⁰ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

⁷¹ Ley 35/1988, artículo 9.1. “No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.”

72 Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família. Article 92. “La fecundació assistida de la muller, 1. Els fills nascuts a conseqüència de la fecundació assistida de la muller, practicada amb el consentiment exprés del marit formalitzat en escriptura pública, es consideren fills matrimonials del marit. 2. En la fecundació assistida practicada després de la mort del marit amb gàmetes d'aquest, el nascut es té per fill seu, sempre que hi concorrin les condicions següents: a) Que consti fehacientment la voluntat expressa del marit per a la fecundació assistida després de la mort. b) Que es limiti a un sol cas, comprès el part múltiple. c) Que el procés de fecundació s'iniciï en el termini màxim de dos-cents setanta dies després de la mort del marit. Aquest termini pot ésser prorrogat per l'autoritat judicial, per una causa justa i per un temps màxim de noranta dies.”

73 Auto AP La Coruña, del 3 noviembre 2000 (AC, núm. 82/2000), en el que anulaba el Auto Juzgado de Primera Instancia del Ferrol núm. 3, de 2 noviembre 1999.

se autorizaba a Dña. Paloma R. P. a ser inseminada con semen de su esposo fallecido Jose Antonio S.L., depositado en el Hospital Clínico de Barcelona. El primer auto se fundamentaba en el artículo 6 de la LTRA que autoriza inseminación de mujer sola, en concordancia con el artículo 9, el cual establece que cuando el marido fallece habiendo consentido expresamente la inseminación artificial de su mujer, la filiación habida con semen del marido premuerto es matrimonial con todas sus consecuencias; *a sensu contrario*, no constando dicho consentimiento, la inseminación sería posible, aunque el nacido no podría ser considerado hijo del fallecido, ni consecuentemente, hijo matrimonial. La Audiencia entendió, por el contrario, que la LTRA no autoriza inseminación *post mortem* inconsciente en ningún caso. Ya que “semejante situación llevaría a situaciones paradójicas, como que los hijos que tuviera su progenitor biológico (padre fallecido) de otra relación no serían legalmente sus hermanos, podría contraer matrimonio con estos, carecería de derechos hereditarios, conocería quien es su padre biológico y no podría utilizar sus apellidos”.

Un segundo caso en el que también faltaba autorización expresa de marido fallecido se ha producido recientemente, en un hospital de Barcelona que implantó varios embriones a la viuda tras el deceso del varón en accidente. La Dirección General de Registros y del Notariado ha denegado la inscripción de la filiación paterna matrimonial del nacido a consecuencia de la transferencia póstuma, en base a la falta de presunción de paternidad del fallecido y la falta de consentimiento expreso del marido⁷⁴.

Un tercer caso relacionado con la fecundación póstuma se ha producido recientemente en Valencia. En esta ocasión una mujer casada cuyo marido se halla en coma tras un accidente solicita ser inseminada con gametos de su cónyuge. A la inseminación se oponen la anterior esposa del comatoso y su hija. El fiscal se opuso a la petición por entender que la autorización no redundaría en beneficio del incapacitado y porque afectaría a los derechos hereditarios de la hija del primer matrimonio. El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia archivó la petición por entender que debía tramitarse mediante la interposición de una demanda.

La doctrina española se halla dividida en cuanto a la admisibilidad de la fecundación póstuma. Para Fernando Pantaleón, el derecho del varón a disponer de sus propios gametos se extingue con su propia muerte, y la libertad de la viuda de disponer de los gametos de su cónyuge fallecido o del embrión preimplantatorio se enfrenta al derecho del nacido a que sus padres le presten “asistencia de todo orden”, tal como dispone el artículo 39.3 de la Constitu-

74 DGRN, Resolución de 24 septiembre de 2002.

ción española⁷⁵. Otros juristas en cambio, entienden que no hay porque negar el ejercicio de esta libertad a los cónyuges⁷⁶. Es probable que la próxima aprobación de la Ley francesa que permite la implantación póstuma de los embriones obtenidos de una FIV, refuerce la posición de los partidarios de la fecundación póstuma.

7. Conclusiones

Lo primero que a nuestro juicio cabe destacar es que la evolución de los derechos reproductivos de las mujeres españolas ha sido sorprendentemente rápido. En las últimas tres décadas las españolas han pasado de una situación precaria, en la que no se les reconocía el derecho a la contracepción, y la regulación de la natalidad era considerada un pecado por parte de la gran mayoría, a un estadio completamente diferente en el que sus máximas preocupaciones son la estabilidad laboral y la falta de hijos. En cambio, el aborto continúa estando prohibido. Los reiterados intentos de los partidos de la izquierda de promulgar leyes de plazos para autorizar la interrupción voluntaria del embarazo han fracasado. Este hecho se explica quizá por el peso moral y político que tiene la Iglesia católica en el seno de la sociedad española.

Una vez legalizada y asumida la contracepción y reconocida la igualdad legal entre los sexos, las españolas se han volcado en la lucha por la conquista del mercado de trabajo. Sin embargo, la incorporación al trabajo asalariado se ha producido en condiciones de precariedad en el empleo y de falta de protección de las madres trabajadoras: muchas mujeres han tenido que retrasar su maternidad para poder conservar sus empleos, y han renunciado a tener más hijos. El resultado de este proceso es que España ostenta el triste record de tener la tasa de desempleo femenino más alta de Europa y la tasa de natalidad más baja.

Las políticas del Gobierno para contrarrestar esta tendencia han sido insuficientes y superficiales. Especialmente confusa resulta la medida de fomentar y facilitar el recurso a la reproducción asistida por parte de los poderes públicos, cuando la primera causa de infertilidad que atienden las clínicas de fertilidad españolas no se debe a trastornos fisiológicos del aparato reproductor sino a la avanzada edad a la que las mujeres se pueden permitir tener hijos. Ante esta realidad parece que el remedio más efectivo no es la medicina, sino la prevención. La conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres, que requeriría aumentar los servicios sociales de guardería y asistencia a las personas dependientes, facilitar el acceso y la consolidación de las mujeres en los puestos de trabajo, y otra serie de medidas sociales.

En este contexto no sorprende la proliferación de clínicas de fertilidad en territorio español. Hay más clínicas en España que en ningún otro país europeo. La boyante medicina procreativa española se ha beneficiado de una ley reguladora extraordinariamente permisiva; que, al mismo tiempo, ha carecido hasta hace poco de un desarrollo reglamentario adecuado para el control de la actividad en dichos centros. Quince años después de la aprobación de la ley de reproducción asistida muchos especialistas reclaman una revisión que permita actualizar la ley, y volver a pensar sobre algunas opciones que hizo la norma en su día, como son la fecundación póstuma o la maternidad en solitario a partir de gametos anónimos. A diferencia del momento en el que se aprobó la norma, marcado por el impulso modernizador de la sociedad española, que se llevó a cabo “desde arriba”, parece que la sociedad actual está madura para llevar a cabo un debate en profundidad sobre las opciones y las implicaciones de la biotecnología. Este debate debería tener en cuenta la evolución normativa que han experimentado el derecho internacional y los ordenamientos de nuestro entorno en materia de medicina reproductiva. No obstante, el partido que sustenta el actual gobierno se ha negado en reiteradas ocasiones a abrir dicho debate, influido quizá por el temor a reincidir en problemas que pueden desagradar a los sectores más conservadores de su propio electorado.

75 F. PANTALEÓN, “Técnicas de reproducción asistida...”, cit.; véase también la opinión coincidente de T. Auletta, “Fecondazione artificiale: problemi e prospettive”, *Quadrimestre*, 2/1986:22 y F. Mantovani, “La fecondazione assistita fra il diritto a la prole e il diritto ai due genitori”, *Indice Penale*, 1990: 417.

76 R. BERCOVITZ, “Reproducción asistida post mortem” AC 2/2001, 2165-2167.