



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

ARTÍCULO

Presupuestos jurídicos y bioéticos para la circulación y la exportación de ovocitos

Pressupostos jurídics i bioètics per a la circulació i l'exportació d'òvuls

Legal and bioethical assumptions for the circulation and export of oocytes

Marc-Abraham Puig Hernández*

* Marc-Abraham Puig Hernández. Profesor lector, Universidad Autónoma de Barcelona. Email: marcabraham.puig@uab.cat. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1960-9903>

Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España a través del proyecto de investigación Repro-flujos en Europa, África del Norte y América Latina: la movilidad de personas y gametos en el contexto fragmentado de la regulación transnacional en adopción y reproducción asistida (PID2020-112692RB-C21 / AEI / 10.13039/501100011033).



Copyright (c) 2024 Marc-Abraham Puig Hernández. Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

En el presente trabajamos defendemos que la compensación, el anonimato y la publicidad constituyen los presupuestos jurídicos y bioéticos para la circulación y la exportación de ovocitos. Para defender esta tesis analizamos un estudio publicado sobre la importación de ovocitos a Brasil con origen en la Unión Europea. De la ruta que siguen los ovocitos hasta llegar al destino encontramos que estos presupuestos los comparten todos los países que participan en esta práctica. Hablamos de presupuestos porque tras sopesar las razones jurídicas y bioéticas que subyacen a la compensación, el anonimato y la publicidad, detectamos que no ha habido un debate certero o un cuestionamiento moral o legal para aceptarla, sino que se asumieron sin cuestionamiento para poner en práctica estos movimientos necesarios para aplicar las técnicas de reproducción humana asistida.

Palabras clave: circulación; exportación; ovocitos; presupuestos jurídicos.

Resum

En el present treball defensem que la compensació, l'anonimat i la publicitat constitueixen els pressupostos jurídics i bioètics per a la circulació i l'exportació d'òvuls. Per defensar aquesta tesi, analitzem un estudi publicat sobre la importació d'òvuls al Brasil amb origen a la Unió Europea. De la ruta que segueixen els òvuls fins a arribar al destí, trobem que aquests pressupostos comparteixen amb elles tots els països que participen en aquesta pràctica. Parlem de pressupostos perquè després de sospesar les raons jurídiques i bioètiques que subjauen la compensació, l'anonimat i la publicitat, detectem que no hi ha hagut un debat precís o un qüestionament moral o legal per acceptar-los, sinó que es van assumir sense qüestionament per posar en pràctica aquests moviments necessaris per aplicar les tècniques de reproducció humana assistida.

Paraules clau: circulació; exportació; òvuls; pressupostos jurídics.

Abstract

In the present study, we argue that the notions of compensation, anonymity, and publicity in oocyte donation are responsible for the legal and bioethical assumptions regarding the circulation and export of oocytes. To support this thesis, we conduct an analysis of a published study pertaining to the importation of oocytes to Brazil originating from the European Union. From the route that the oocytes follow until they reach the destination, we discuss that these assumptions are shared by all the countries that participate in this practice. After examining the legal and bioethical notions behind compensation, anonymity, and publicity, it has been determined that there has not been a constructive debate or moral or legal scrutiny to accept them, rather they were assumed without any further investigation. These movements are necessary for the application of assisted human reproduction techniques.

Keywords: circulation; export; oocytes; legal assumptions.

1. Introducción

Como es sabido, España se ha convertido en el principal “granero” de la reproducción humana asistida en Europa en cuanto al número de ovocitos¹ y de ciclos de reproducción asistida completados². ¿Qué hace posible que las muestras biológicas humanas salgan de una clínica, o un banco, con destino a usarse en otro lugar? ¿Cómo es que en España se obtienen determinadas muestras biológicas, en particular ovocitos, y se destinan a la reproducción asistida en otros lugares? Al preguntarnos por ello nos cuestionamos acerca de los presupuestos de una práctica para que se produzca el fenómeno de la circulación de biomateriales humanos destinados a la reproducción.

La respuesta a este tipo de interrogantes nos llevará a observar la legalidad, lo que está permitido o prohibido por normas jurídicas, aunque no desde una aproximación al texto normativo meramente formal, digamos, dogmática, sino que nuestro punto de vista debe centrarse en la práctica de este fenómeno. Por esta razón, este trabajo incluye a menudo referencias a las aportaciones de ámbitos como la Antropología o la Sociología. De la mano de estas contribuciones sociales acudimos a las leyes alejados de un método meramente descriptivo y dispuestos a analizarlas para extraer las categorías que den respuesta a la señalada inquietud. Dicha opción metodológica se incardina, por tanto, en una visión realista (dada nuestra atención por las fuentes de observación de la praxis y la doctrina que se ocupa de su estudio) y no formalista para el estudio de la legalidad, a tenor de la observación de la práctica social sobre la que las leyes proyectan la regulación.

La tesis que defendemos en este trabajo puede concretarse en que hay tres aspectos jurídicos, con serias implicaciones morales, para que los ovocitos circulen y se exporten. Intentaremos demostrar esta idea a través de seguir la ruta que siguen los ovocitos hasta llegar a un tercer país, esto es, desde un emisor hasta un receptor.

De la metodología nace la estructura del trabajo. En primer lugar, atenderemos a dos cuestiones preliminares, una conceptual y otra fáctica, para delimitar el objeto de investigación. En segundo lugar, nos centraremos en las rutas de salida de los ovocitos hacia un país tercero a partir de un caso particular, es decir, desde España a un país fuera de la UE. En tercer lugar, nos preguntaremos por los elementos comunes en la legislación de los países que conforman la ruta

¹ Zafra, Ignacio (2019, 19 de julio). España, el granero europeo de óvulos. *El País*. https://elpais.com/sociedad/2019/07/19/actualidad/1563531405_529791.html

² De acuerdo con los datos del estudio de Riaño-Galán, Martínez González, Gallego Riestra, 2021.

de circulación y exportación de estas muestras biológicas. Finalmente, nos interrogaremos acerca de la razón de ser de esos elementos comunes, antes de dar paso a las conclusiones.

2. Cuestiones preliminares

Con carácter previo a la exposición conviene aclarar conceptualmente en qué sentido empleamos los términos y concretar el campo de estudio al caso de los ovocitos.

2.1 Distinción entre circulación y movilidad de biomateriales humanos

Por movilidad entendemos que el biomaterial reproductor humano puede obtenerse en un lugar, almacenarse en otro y ser empleado para la reproducción en un tercer sitio. En definitiva, nos referimos por movilidad a ese fenómeno amplio del cambio de espacio tolerado por un mismo objeto.

Por circulación entendemos un fenómeno distinto. A saber, al igual que en el territorio comunitario existe la denominada libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios, con los biomateriales humanos, como el caso de los ovocitos, sucede algo similar, en el sentido de que el hecho de la movilidad puede acompañarse, además, de cruzar fronteras dentro de la UE³. Cuando el biomaterial reproductor humano (ovocitos, semen, embriones) se mueva entre países comunitarios emplearemos el término circulación, reservando el de exportación para cuando tenga que salir de la UE⁴.

³ De acuerdo con las normas comunitarias, hay una serie de requisitos que deben darse para esta circulación, como la exigencia de la información relativa a la trazabilidad y la verificación de las normas de calidad y seguridad, que en el caso de los ovocitos incluirían los procedimientos seguidos por los embriólogos para vitrificar y las indicaciones para su desvitrificación (art. 9 Directiva 2004/23/CE, acompañado por más requisitos desarrollados en las Directivas 2006/17/CE, 2006/86/CE, 2012/39/UE, 2015/565/CE y 2015/566/CE).

⁴ Estos conceptos tienen acomodo legal. Así, *vid.* RD 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen los requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas y que se emplea como la norma de colaboración entre clínicas españolas.

2.2 Principalmente ovocitos

La cuestión que abordamos (hallar los presupuestos bioéticos y jurídicos en los que se asientan estos movimientos de ovocitos y discutirlos) no es extrapolable a cualquier biomaterial humano destinado a la reproducción. Mientras que España se ha convertido en el principal proveedor de ovocitos de Europa no sucede lo mismo con el semen (otros países, como Dinamarca, ocupan un lugar más destacado⁵) y con los embriones (habitualmente destinados al uso por los mismos usuarios de los que procede su creación⁶). Sobre las causas de por qué existe esta distinción (por ejemplo, por qué el semen danés se ha convertido en un biomaterial más solicitado que el de otros países europeos) no me entretendré a fin de no desviar el objeto de estudio.

3. Rutas de salida de los ovocitos hacia terceros países. El caso de Brasil

Para elevar desde la práctica las categorías que estructuran nuestra tesis anunciada (recuérdese, hay tres presupuestos bioéticos y jurídicos que permiten la circulación y la exportación) tomaremos un caso particular. En concreto, el de la importación de ovocitos a Brasil, recientemente estudiado por Machín, Álvarez Plaza y Puig Hernández (2023). Con ello, ilustraremos con algunos datos de interés el movimiento de ovocitos.

3.1 Importación de ovocitos españoles

La importación de ovocitos a Brasil es un fenómeno relativamente reciente. La causa principal de este evento próximo en el tiempo estriba en el asentamiento de la vitrificación de ovocitos como técnica de preservación de este biomaterial. Ante la imposibilidad de transportar ovocitos sin crioconservar, en fresco, en 2012 la ESHRE avaló la vitrificación como una técnica segura y eficaz, abogando por dejar de considerarla una técnica meramente experimental⁷.

⁵ Vid. Álvarez Plaza y Pichardo Galán (2018).

⁶ Con los embriones incluso podríamos señalar otra cuestión: qué hacer con los embriones sobrantes tras un completar un tratamiento de reproducción asistida. La bibliografía en este punto es extensa. Sirvan de ejemplo Reguera Cabezas, Cayón De Las Cuevas (2021) y Abellán (2009: 121-136).

⁷ Dondorp, De Wert, et al., 2012 : 5-6.

De acuerdo con la *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* (ANVISA, 2018: 6), los primeros ovocitos importados desde España llegan a Brasil en 2017 y entonces supusieron el 97% de las importaciones de este biomaterial. Tras este primer *boom*, las importaciones decaen en favor de otros países europeos.

3.2 El cambio de ruta hacia otros países europeos

El descenso de importaciones de ovocitos desde España a partir del año siguiente coincide con el inicio e incremento de éstas desde otros países europeos. En particular, desde Italia, Grecia, Eslovaquia y República Checa. En números globales, en 2018 el 86,5% de las importaciones de ovocitos a Brasil procedían de Europa. En particular, respecto a los datos del año 2018, el Ministerio de Sanidad de Italia informó de que el 93.1% de los ovocitos exportados desde Italia partían hacia Brasil (*Ministerio della Salute, 2020*).

A partir de entonces, en el periodo 2019-2021 se triplica la importación de ovocitos, aunque en números totales la mayoría proceden de Argentina. Lo importante de este último periodo es ver que el volumen de importación de ovocitos desde Europa mantiene el incremento proporcional, pasando de los 321 en 2017 a los más de 1500 durante ese periodo (Machin, Álvarez Plaza, Puig Hernández, 2023).

3.3 El origen de los ovocitos

Si bien, por una parte, las estadísticas sobre importación de ovocitos a Brasil revelan el cambio de ruta, aumentando las importaciones desde otros países europeos en detrimento de las importaciones desde España, por otra parte, al comprobar el código SEC⁸ de los ovocitos se revela que éstos tienen su origen esencialmente en España. Es decir, los ovocitos que llegan a Brasil desde Europa son, prácticamente en su totalidad, españoles o, mejor dicho, obtenidos en una clínica española.

Por tanto, lo que ha cambiado con la ruta es la importación directa desde España, siendo el tránsito por esos otros países un lugar de paso, una vía alternativa, indirecta. El origen de los ovocitos se encuentra en España, pero la exportación fuera de las fronteras de la UE se realiza

⁸ El SEC es el código único europeo, un número asignado a toda muestra biológica humana que salga de una clínica europea para garantizar su trazabilidad y, por tanto, para rastrear el biomaterial hasta su origen. El SEC se regula en la Directiva 2015/565/UE, aunque su implementación se hizo plenamente efectiva el 1 de mayo de 2022.

desde estos otros países. Luego, antes de la exportación, el cambio de ruta muestra la circulación de ovocitos dentro del territorio comunitario.

Los países europeos sirven de plataforma para enviar ovocitos españoles. Debemos preguntarnos por las causas de este movimiento, aunque sea apuntándolas de manera tentativa.

3.4 Posibles causas de origen legal

Este cambio de ruta es muy sugerente. Lo primero que podemos pensar al observar cómo se lleva a cabo este movimiento no es otra cosa que las mayores facilidades para exportar desde esos países-plataforma que desde España. A fin de cuentas, no parece lógico someter a estrés y ajetreo al material biológico, haciéndole soportar la incomodidad de un traslado añadido y sin saber cómo y en qué medida afecta a los ovocitos por lo reciente del fenómeno de la vitrificación. Debe ser que en España hay más dificultades. Me atrevo a afirmar, aunque es una suposición que necesita ulterior corroboración, que estas dificultades encuentran ocasión en nuestras leyes y políticas, dando como resultado que los ovocitos tengan que viajar hasta países en los que estas trabas se vean apaciguadas.

Desde el punto de vista legal, podemos apuntar esas dificultades en un doble sentido: a) el procedimiento de exportación directa desde España es exigente y retrasa las exportaciones, hecho sobre lo que no caben muchas dudas⁹; b) es posible, además, que la autorización de la Dirección General de Salud Pública se demore en exceso para cerciorarse de la finalidad del biomaterial, y puede que debido al miedo de que los ovocitos se destinen a la gestación por sustitución, una práctica controvertida en España¹⁰.

4. Tres aspectos comunes en las regulaciones europeas

¿Por qué este cambio de ruta hacia esos países en concreto? ¿Qué hay de atractivo en Italia, Grecia, Eslovaquia y República Checa? Supongamos que sucede por las facilidades, en comparación con

⁹ De acuerdo con el art. 5 del RD 65/2006, de 30 de enero, para exportar muestras biológicas humanas se requiere una autorización de la Dirección General de Salud Pública (DGSP). Para resolver el procedimiento de solicitud y expedir el certificado, la DGSP puede requerir documentación adicional para cerciorarse del cumplimiento de los requisitos de exportación (identificación de la muestra, destino y su finalidad). Por lo general, este procedimiento se demora entre semanas y meses.

¹⁰ Como muestra de la controversia jurídica en torno a la gestación por sustitución, *vid.* los trabajos de Atienza (2022), Farnós Amorós (2022) y Pino Ávila (2023).

España, que la legislación y los procedimientos de exportación imponen al movimiento de los ovocitos. Más allá de esta suposición, la pregunta puede concretarse un poco más. ¿Por qué se concentran las exportaciones en estos países y no en cualesquiera otros europeos?

Un vistazo rápido a las legislaciones de Grecia¹¹, Italia¹², Eslovaquia¹³ y República Checa¹⁴ sobre reproducción humana asistida revela tres aspectos compartidos entre las regulaciones de estos países y la española. Estos tres aspectos son: la posibilidad de compensar para obtener ovocitos; la obligación del anonimato en las donaciones de gametos; y poder acceder a la información sobre donación de ovocitos sin muchas dificultades.

4.1 Compensación por donar gametos

En reproducción asistida, al hecho de recibir una contrapartida económica por completar un ciclo de donación se lo denomina compensación¹⁵. Ahora bien, las cuantías varían según el país. Por lo que respecta al ámbito europeo, España es de los países que compensan con una cuantía más elevada la donación de ovocitos¹⁶, llegando a la franja que oscila entre los 1.000 y los 1.200 € (si tenemos en cuenta el índice de actualización de precios y el valor asignado a la compensación en el Acuerdo del Pleno de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, de 23 de junio de 2015, que por entonces era 980 €).

Tanto Grecia como Eslovaquia y la República Checa permiten la compensación. En cambio, en Italia está prohibida. Ahora bien, este hecho no afecta a que Italia pueda ejercer de país-plataforma, porque desde la STC 162/2014, de 9 de abril, del Tribunal Constitucional italiano, la donación de gametos no puede verse limitada a la donación autóloga. Es decir, con gametos obtenidos para usarse dentro de la misma pareja. Con la sentencia se derogó la prohibición que yacía sobre la fecundación heteróloga, a saber, cuando los gametos donados se emplean en

¹¹ Ley 3305/2005 griega, de 27 de enero de 2005, sobre técnicas de reproducción asistida.

¹² Ley italiana LEGGE 19 febbraio 2004, n.40, en materia de procreación médicamente asistida. Esta ley, aunque sigue vigente, ha sido objeto de importantes modificaciones. Podemos sintetizar estos cambios, por un lado, con normas jurídicas posteriores, en la Directriz de 5 de julio de 2015, del Ministerio de Sanidad italiano, y con avances jurisprudenciales. Por otro lado, sobre la doctrina judicial importa destacar la actuación del Tribunal Constitucional italiano con las sentencias STC 151/2009 y STC 96/2015.

¹³ En Eslovaquia impera principalmente la Ley eslovaca 576/2004 de Sanidad, modificada en muchas ocasiones desde su aprobación, incluyendo algunos aspectos de reproducción asistida (por ejemplo, con las leyes 350/2005, 282/2006, 662/2007 y 345/2009). Además de las modificaciones legales, que cambian aspectos generales del modelo sanitario eslovaco, se encuentra el Decreto Legislativo (*Government Regulation*) n. 20/2007.

¹⁴ Ley 227/2006 de la República Checa sobre técnicas de reproducción asistida.

¹⁵ Para un estudio sobre la relación entre compensación, precio y altruismo, *cfr.* Puig Hernández, 2021: 109-138.

¹⁶ De acuerdo con el informe publicado por la European Commission Staff (2016).

terceros¹⁷. A efectos prácticos, los ovocitos donados en otro país de la UE, con compensación o no, pueden emplearse en Italia con fines reproductivos o de investigación. Ello puede sugerir que para una mujer italiana se más atractivo donar ovocitos en España que en Italia, dada la proximidad geográfica entre ambos países.

4.2 Obligación del anonimato

La donación anónima de gametos es otro de los elementos comunes en España y en los países-plataforma.

Por lo general, esta obligación está vigente desde la entrada en vigor de la ley principal sobre reproducción asistida en cada uno de estos países. El caso legislativo más peculiar lo representa Eslovaquia, pues carecen de una norma concreta, de acuerdo con nuestro sistema de fuentes legislativas, equiparable a una ley general sobre la materia específica. Por el contrario, el contexto normativo eslovaco parte de una legislación general de sanidad con algunas modificaciones posteriores que afectan a la reproducción asistida. Por tanto, en Eslovaquia el anonimato era una cuestión sobre la que no se decía nada hasta que se aprobó el Decreto Legislativo (*Government Regulation*) n. 20/2007, que aborda la obligación del anonimato y la posibilidad de criopreservación del material biológico germinal.

El anonimato constituye una característica notoria de estos países. En otros lugares europeos, como Suecia, Alemania, Austria y Suiza (aunque el último no forme parte de la UE), se permite llevar a cabo una búsqueda de los orígenes biológicos de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida incluyendo la donación de gametos¹⁸.

4.3 Publicidad

Como tercer elemento legal debe incluirse el acceso a la información de donación de gametos. Y resulta controvertido hacerlo, pues en Europa las leyes generalmente impiden la publicidad en apoyo de la donación de células y tejidos humanos a cambio de dinero. Esta norma genérica se contiene en el artículo 12.2 de la Directiva 2004/23/CE, que obliga a todos los países miembros a tomar una serie de medidas preventivas para este tipo de publicidad, especialmente en el caso de

¹⁷ Para un estudio de esta sentencia, *vid.* Corn (2015: 20-26).

¹⁸ Estos otros casos se recogen en Alkorta Idiakez, 2003: 261-274.

poder dar a entender que haya un beneficio económico o cualquier ventaja con la donación y obtención de estos.

Asumamos la premisa de que, por norma general, la publicidad está prohibida (volveré sobre esta cuestión en breve). Ahora bien, ¿ello impide el acceso a la información? No sólo no lo impide (únicamente con introducir “donación de ovocitos” en Google las primeras entradas ya reenvían a lugares donde hacerlo), sino que, con un papel importante de las redes sociales, las potenciales donantes de ovocitos en edad fértil reciben un auténtico bombardeo de estímulos para convertirse en donantes de este biomaterial. Para ello, se ha construido lo que Molas y Whittaker (2022) denominan la “identidad de las donantes de ovocitos” en las páginas web. La identidad gira principalmente en torno a la noción de altruismo.

Me interesa destacar del estudio de estas autoras que los métodos de construcción de esta identidad, que incluyen Internet como el lugar de encuentro con usuarias de las técnicas de reproducción asistida (TRHA), habitualmente esconden algunos de los riesgos de la ovodonación. Las futuras donantes reciben una imagen (acceden sin dificultad a cualquier tipo de información) que distorsiona la práctica de la ovodonación (por ejemplo, negando los riesgos y los efectos secundarios de la donación), explicando en términos erróneos en qué consiste la obtención de ovocitos.

Es por lo anterior que no encuentro demasiada reticencia en llamar directamente publicidad al acceso a la información sobre donación y obtención de ovocitos.

5. Relevancia bioética y jurídica de la compensación, el anonimato y la publicidad

Si bien hemos hecho referencia a que las legislaciones de los países que conforman la ruta de exportación derivan en que los países sirven de plataforma para exportar ovocitos españoles a Brasil, ello resulta posible por la coincidencia de tres características simultáneamente, en mayor o menor grado, que permiten, de un modo u otro, la exportación de ovocitos. La coincidencia simultánea de estas características es relevante porque si bien encontramos en Europa otros países que contemplan alguno de estos elementos, en los países que aparecen en la ruta que ahora señalamos se dan los tres al mismo tiempo. También hay problemas comunes a todos los países comunitarios, como la inoperancia de los Registros Nacionales de Donantes, que no pertenecen exclusivamente a estos países.

Pasemos ahora a preguntarnos sobre la razón de ser de la compensación, el anonimato y la publicidad. Ello nos permitirá destacar aspectos bioéticos y jurídicos que no han estado presentes hasta ahora, pues nos habíamos limitado a trazar las líneas comunes de la praxis.

Será ilustrativo diferenciar las razones que sustentan dichos aspectos comunes en la legislación (compensación, anonimato y publicidad) de las cuestiones en torno a si deben estar permitidos.

5.1 Dos razones para aceptar la compensación por ovodonación

Podemos denominar los argumentos, por una parte, el de la escasez, y, por otra, el terminológico.

Una primera razón para admitir la compensación en las regulaciones repara en que, ante la escasez de ovocitos, la compensación aumenta el número de biomateriales obtenidos, es decir, incrementa el número de donaciones, y por tanto el número de muestras disponibles¹⁹. La fuerza de este argumento reside en que, sin ofrecer una contrapartida a cambio, la escasez de biomateriales humanos, entre ellos los ovocitos, se convierte impracticable la reproducción asistida.

La segunda razón consiste en que si a esta contraprestación se la denomina pago afrontamos a un número considerable de normas (el Convenio de Oviedo, la Ley 14/2006, la Directiva 2004/23/CE...). No obstante, los legisladores, y en general todos los usuarios y participantes de la ovodonación, no han encontrado muchas reticencias en llamar compensación al intercambio de biomateriales humanos por dinero. El discurso de la compensación suele acompañarse con otro término conocido, a saber, el altruismo.

5.2 ¿Debe compensarse?

Desde que tenemos conocimiento de la propuesta principialista realizada por Beauchamp y Childress (2012: Cap. IV, V, VI, VII), allá por finales de 1977, o la de Atienza (1998: 91-99), más

¹⁹ Antes de la redacción de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, era común admitir que si en España se obtenían ovocitos era porque estaba permitido compensar económicamente a las donantes. Este parecer, además, era el de los participantes en los ciclos de ovodonación (médicos, enfermeras, administrativos...) que admitían sin ningún recelo esta función incentivadora de la cuantía económica. Al respecto, *vid.* Álvarez Plaza, 2008: Cap. 3. Este argumento no es exclusivo de la reproducción asistida, sino que ha sido empleado también, por ejemplo, para introducir el elemento económico en la donación de órganos, *cfr.* García Manrique, 2019 y, para el contraargumento de la corrupción, 2021.

vinculada a la argumentación jurídica, los dos anteriores argumentos no justifican por sí solos la introducción del dinero en una práctica biomédica. No lo sería, al menos, con la misma fuerza que lo justificaría un argumento como el de las razones terapéuticas.

La donante de ovocitos soporta una intervención seria para que se obtengan sus ovocitos. El problema estriba en que esa intervención inexorable, por la cual se resuelve el proceso que parte de la hiperestimulación ovárica y que concluye necesariamente con la entrada en el quirófano pinchando los folículos de sus ovarios, no se ampara en ninguna razón terapéutica. Sé que esta afirmación suena contradictoria con la descripción de la misma proposición, así que me extenderé un poco más en la explicación.

Me refiero a que no se interviene en el cuerpo de la donante porque haya una patología que sanar, por ejemplo, lo que sería una razón terapéutica. Contrariamente, con la ovodonación la donante debe asumir un tratamiento que le provocará la intervención quirúrgica. Las razones no son terapéuticas, sino porque otra mujer demanda recibir ovocitos de terceras mujeres o porque la misma donante decide retrasar la maternidad biológica, lo que compromete directamente el principio de no maleficencia (el *primum non nocere*).

De este modo, la tensión argumentativa entre el principio que obligaría a no causar daño sobre el paciente, por un lado, y la voluntad de determinadas personas, por otro, debería resolverse en favor del respeto de ese principio. A no ser que aceptemos que lo que queramos y deseemos constituye una fuente de obligaciones de rango superior a cualquier principio bioético. En ese caso, por supuesto, la fuerza del principio cedería. Sin embargo, con ello se abre la veda para que cualquier deseo y apetito se convierta en razón suficiente para actuar. Por más vueltas que le demos, en ese caso deberíamos admitir, por ejemplo, el deseo de un violador de menores como la razón que moralmente justifica sus actos.

Si no estoy equivocado, la legitimidad para compensar a una donante que voluntariamente metemos en un quirófano no puede hallarse siguiendo el camino anterior. Ahora bien, si reparamos sobre los argumentos de la escasez y la terminología, temo que tampoco se eleven razones demasiado sólidas en favor de destronar el principio de no maleficencia. Ello me hace pensar que, en este caso, hayamos puesto en práctica una actuación (obtención de ovocitos) por el mero hecho de ser una posibilidad (disponibilidad del biomaterial para aplicar las TRHA) antes de haber reparado en las implicaciones morales y en lo que había en juego más allá de nuestras preferencias.

Con ello no cierro la posibilidad de compensar la ovodonación, simplemente me limito a afirmar que su justificación no puede anclarse en esas razones.

5.3 Sobre la razón de ser del anonimato

También aquí dos serían las principales razones que sustentarían el anonimato²⁰. Las podemos sintetizar en la escasez y las consecuencias.

El argumento de la escasez se emplea también para justificar el anonimato en la donación de gametos. En los países cuyas regulaciones permiten la compensación por la donación de ovocitos con cuantías similares, como España y Reino Unido, donde es obligatorio el anonimato se obtiene mayor número de ovocitos. Podemos decir que el anonimato refuerza la compensación.

El otro argumento lo he denominado el de las consecuencias. En este caso, la obligación del anonimato enlaza con la prohibición de conocer los orígenes por parte de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida que incluyen donación de gametos. En la práctica se concreta en evitar, como consecuencia de la ovodonación, cuestiones espinosas como una demanda de maternidad y conflictos familiares.

5.4 ¿Debe ser una práctica anónima?

El anonimato da lugar a una exigencia legal que opera bidireccionalmente. En este sentido, ni la donante puede conocer a los nacidos mediante sus ovocitos ni los nacidos pueden conocer ni rastrear sus orígenes biológicos. Lo novedoso del anonimato en la donación de gametos radica en la imposibilidad impuesta con de la legalidad. Por tanto, conviene que nos centremos especialmente en los argumentos jurídicos que lo cuestionan.

Lo cierto es que a lo largo de la historia podemos encontrar muchos ejemplos de casos en que la gente no ha podido conocer sus orígenes por diversas razones (un hecho que ha dado lugar a relatos de fortuna, como el de uno de los protagonistas de la serie llamada Juego de Tronos). Ahora bien, el caso de los nacidos mediante TRHA y gametos donados no se corresponde con cualquier otra causa social o política, sino con que esa imposibilidad de conocimiento procede de un imperativo legal.

Lo que se presenta como la generalidad de la norma, como uno de los requisitos que confeccionan el orbe de aplicación de una norma jurídica, en realidad afecta particular y señaladamente sobre un colectivo. Esta cuestión de teoría legal no suele quedar clara y las críticas que la doctrina ha lanzado sobre la regulación del anonimato giran más bien acerca de la

²⁰ Se encuentra recogidas en diversas obras, como Puigpelat, 2012; Igareda González, 2016; y Rivas, Lores, Jociles, 2019.

derogación de la norma para homogeneizar la legislación con los países que han derogado el anonimato (o que han permitido conocer determinadas características y datos relativos al donante) o que han introducido variaciones en su implementación (como aceptar que se conozcan determinados datos identificativos del donante y, sin aceptar este requisito, no poder proceder a la donación de gametos, como el caso de Francia)²¹ que acerca del trato justo dispensado sobre un determinado colectivo.

Si es cierto que la legislación sobre el anonimato se proyecta esencialmente sobre un colectivo señalado, negando por ley un derecho a conocer los orígenes que en situaciones sociales similares se ostenta y reconoce como algo esencial de todo ser humano, pienso que esta cuestión jurídica difiere de otros argumentos jurídicos sobre los cuales la legislación prevé, de algún modo, una respuesta. Entre esos argumentos encuentro que hay dos de profundo calado, pero ulteriormente estériles.

Uno consiste en levantar el anonimato en nombre de conocer las patologías hereditarias. Esto es, hablamos de un argumento a favor de la salud pública. El problema de este argumento es que la legislación ya contempla la posibilidad de perseguir la identidad y los datos relevantes del donante. Y, lo más importante, es que esos datos podrían recabarse respetando al mismo tiempo el anonimato (art. 5.5 Ley 14/2006), lo que evitaría el problema legal de tener que indemnizar a quienes donaron gametos bajo unas condiciones de salvaguarda de su identidad y luego se no se cumplieron (*pacta sunt servanda*).

Otro es el del altruismo. Cuando altruismo y anonimato van de la mano en una norma cabe preguntarse si realmente estamos hablando de un acto desinteresado en favor de otra persona. Al menos, porque desde el punto de vista de los nacidos mediante esta técnica no está claro qué favor se les hace. Claro que se hace un acto en favor de los receptores o usuarios de las técnicas, pero acaso los hijos nacidos por estas técnicas, ¿no son también sujetos, parte, de esta ecuación? Entonces hablamos de un acto desinteresado en favor de una persona, una muy concreta dentro de toda la relación social que da forma al entretejido de la reproducción asistida con gametos donados y, además, exento de consecuencias sociales. Esto es, un acto altruista por el que no debe responderse acerca de sus efectos ante el resto de los sujetos interesados en esa relación. Obtenemos, pues, una suerte de edulcoración de lo que sea el altruismo. El acto desinteresado se reduce a una receta que reformula lo que sea el altruismo, convirtiendo la donación de gametos en un hecho más cercano a la compraventa que a una acción desinteresada.

Pero si bien todas estas dudas sobre el altruismo y el anonimato son legítimas, se incardinan en el ámbito de la moral y no en el de la legalidad. ¿Cuántas veces las normas designan a las

²¹ A estos efectos, para los principales argumentos esgrimidos en contra el anonimato, *vid.* Boladeras, 2023.

acciones morales por un nombre que no se corresponde con su definición? Una cosa es el lenguaje que se emplee para confeccionar las leyes y otra muy distinta los derechos y el conjunto de actos que éstas designan como correctos. Por eso creo que, de elaborar una crítica jurídica al anonimato con mayor previsión de recorrido, los argumentos tendrían que desarrollarse a partir de la cuestión de justicia que antes señalé.

5.6 ¿Qué se prohíbe con la publicidad?

En cuanto a la publicidad para obtener ovocitos, los actos que prohíbe la legislación se focalizan sobre las campañas de las clínicas para captar donantes. Si observamos la legislación española (arts. 5.3 y 26.2.b).6 de la Ley 14/2006) las sanciones por publicidad se concentran en actos realmente muy concretos. Así, sólo se prohíbe la actividad de las clínicas, tipificándose la publicidad como una infracción muy grave, en el caso de que esa publicidad dé a entender que hay algún tipo de compensación o beneficio económico.

Siguiendo el tenor literal de la norma, ésta es la única conducta prohibida para la publicidad, que contempla: a) como actor, la clínica; y b) como contenido del acto, la mención a la remuneración. Cualquier otra modalidad de publicidad queda permitida. No hay sanciones que castiguen las otras formas de publicidad a las que hemos hecho mención, como las campañas digitales o la información facilitada en los campus universitarios o compartida en redes sociales por particulares.

6. Conclusiones

Las rutas que abre la circulación y la exportación de ovocitos responden a una lógica a favor del desarrollo tecnológico de las técnicas de reproducción asistida y de la oportunidad de mercado. Ante la posibilidad de practicar una nueva técnica o ante la oportunidad de negocio, primero se actúa, favoreciendo ese desarrollo y habilitando el negocio, y luego nos preguntamos acerca de la relevancia moral y jurídica de la misma.

Los tres aspectos que hemos identificado (compensación, anonimato y publicidad) como los presupuestos para la circulación de ovocitos por sí mismos, aisladamente, no garantizan esa movilidad. Ahora bien, los cambios de ruta en los movimientos de exportación de ovocitos que salen de España y pasan por la UE ponen de manifiesto que estas características no se alteran, más bien condicionan la elección del país que sirve de plataforma para exportar. Al dejar inalteradas

estas características jurídicas en los países-plataforma, cabe suponer que, en la elección de la ruta para sacar los ovocitos, el descarte del resto de países europeos responde al criterio de poder comprometer estos tres requisitos en su conjunto.

Hemos visto que en lo que se refiere a las sanciones, las normas jurídicas no aprietan en exceso. Por ejemplo, respecto a la publicidad para obtener ovocitos, hay más actos permitidos que los realmente sancionados. Además, el castigo de la publicidad no se regula con la misma intensidad que las sanciones previstas para otras técnicas de reproducción asistida, como en el caso de la gestación por sustitución.

Finalmente, más allá de las implicaciones bioéticas y jurídicas que hemos discutido, dejar constancia de que, si debe compensarse por obtener gametos, anonimizarse las muestras o publicitarse una determinada práctica, además de cómo hacerlo, es una cuestión de implicaciones morales, culturales, políticas y jurídicas que requiere un profundo debate social sobre TRHA. El problema es que este debate nunca se ha producido, dejando inalteradas las cuestiones más relevantes sobre el modelo de reproducción o hasta dónde quiere la sociedad que llegue la reproducción humana asistida, en caso de aceptarla. Esta es una consecuencia de la lógica condicionada por el dominio tecnológico y el beneficio económico, que poca relación guardan con y nada responden acerca de las inquietudes sociales sobre por qué este tipo de reproducción o en qué lugar queda la maternidad.

Referencias bibliográficas

- ◆ Abellán, F. (2009). El destino de los embriones sobrantes de la FIV-ICSI, en Abellán, F. y Sánchez-Caro, J. *Bioética y ley en reproducción humana asistida*. Granada: Comares.
- ◆ Alkorta Idiákez, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- ◆ Álvarez Plaza, C. (2008). *La búsqueda de la eterna fertilidad*. Alcalá la Real: Alcalá Grupo Editorial.
- ◆ Álvarez Plaza, C. y Pichardo Galán, J. I. (2018). La construcción del “buen donante” de semen: selección, elección, anonimato y trazabilidad, *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2, papel 194. <https://doi.org/10.1387/pceic.18846>.
- ◆ ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (2018). 2º Relatório. Dados de impartação de Células e Tecidos Germinativos para Uso em Reprodução Humana Assistida. <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4993603/2o+Relat%C3%B3rio+de+Importa%C3%A7%C3%A3o+de+C%C3%A9lulas+e+Tecidos+Germinativos+para+Uso+em+Reprodu%C3%A7%C3%A3o+Humana+Assistida/1b0811da-de21-4975-9522-b2458a73ec53>.
- ◆ Atienza, M. (1998). Juridificar la Bioética. *ISONOMÍA*, n. 8: 75-99.
- ◆ Atienza, M. (2022). Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 56: 107-124. <https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40721>.
- ◆ Beauchamp, T. L., Childress, J. F. (2012). *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press. (1ª edición, 1977).

- ◆ Boladeras, M. (2023). El anonimato de la donación de gametos. ¿Hay que mejorar la situación actual?, *MUSAS: revista de investigación en mujer, salud y sociedad*, vol. 8, n. 1: 4-20.
- ◆ Corn, E. (2015). La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 35: 18-31.
- ◆ Dondorp, W. y De Wert, G., et al. (2012). Oocyte cryopreservation for age-related fertility loss: ESHRE Task Force on Ethics and Law, *Human Reproduction*, Vol. 0: 1-7. DOI:10.1093/humrep/des029.
- ◆ EUROPEAN COMMISSION STAFF (2016). *Working document on the implementation of the principle of voluntary and unpaid donation for human tissues and cells*, Comisión Europea: Bruselas.
- ◆ Farnós Amorós, E. (2022). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 56: 29-54. <https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40620>.
- ◆ García Manrique, R. (2019). Venta de órganos y desigualdad social, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 42: 309-332. DOI: 10.14198/DOXA2019.42.13.
- ◆ García Manrique, R. (2021). *Se vende cuerpo*, Barcelona: Herder.
- ◆ Igareda González, N. (2016). La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 38: 71-86. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.38.17046>.
- ◆ Machín, R., Álvarez Plaza, C. y Puig Hernández, M.-A. (2023). The reproductive silk route: transnational mobility of oocytes from Europe to Brazil, *Mobilities*, DOI: 10.1080/17450101.2023.2220976.
- ◆ MINISTERO DELLA SALUTE (2020). Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15) - anno 2020. <https://www.salute.gov.it/portale/fertility/dettaglioPubblicazioniFertility.jsp?id=3023>.
- ◆ Molas, A. y Whittaker, A. (2022). Beyond the making of altruism: branding and identity in egg donation websites in Spain, *BioSocieties*, núm. 17: 320-346. <https://doi.org/10.1057/s41292-020-00218-0>.
- ◆ Pino Ávila, A. (2023). Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado. La Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022 a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 57: 335-350. <https://doi.org/10.1344/rbd2023.57.41013>.
- ◆ Puig Hernández, M.-A. (2021). La relación entre compensación, precio y altruismo en la donación de gametos, en Casado, M. y López Baroni, M.J., *El Convenio de Oviedo cumple veinte años*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- ◆ Puigpelat, F. (2012). El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista, en Casado, M., Royes, A. (coords.) *Sobre Bioética y Género*. Cizur Menor: Aranzadi.
- ◆ Reguera Cabezas, M. y Cayón De Las Cuevas, J. (2021). Deseados pero no abandonados: el incierto destino de los embriones criopreservados, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 53: 139-157. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.53.36977>.
- ◆ Riaño-Galán, I., Marínez González, C., Gallego Riestra, S. (2021). Cuestiones éticas y legales del anonimato y la confidencialidad de la donación de gametos, en *Anales de Pediatría*, vol. 94, n. 5: 337.e1-337.e6.
- ◆ Rivas, A. M.^a, Lores, F., Jociles, M.^a I. (2019). El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva, *Política y Sociedad*, n. 56: 6223-644. <https://doi.org/10.5209/poso.60564>.

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2023

Fecha de aceptación: 29 de enero de 2024

Fecha de publicación: 13 de junio de 2024