

## Artículo

VERA LUCÍA RAPOSO

### La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida

➤ **Vera Lucía Raposo.** Maestra de Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Doctoranda en derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Colaboradora del Instituto de Derecho Biomédico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Profesora asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra.

El día 26 de julio de 2006 Portugal promulgó su primera ley sobre reproducción médicamente asistida, después de largos años de tentativas fracasadas, con lo que se colmaba una laguna legal con consecuencias nefastas para la resolución de los problemas de infertilidad. A lo largo de todo este tiempo eran las clínicas especializadas las que reglamentaban estas materias, siguiendo sus propios criterios de evaluación, con el único límite de respetar las normas del ordenamiento jurídico portugués que colateralmente se aplicaban, en especial los preceptos sobre filiación y determinación de la paternidad y maternidad, las disposiciones relativas a los contratos legalmente admisibles y alguna normativa de tipo penal.

Aparte de la reglamentación de las técnicas reproductivas, la ley asume además la particularidad de prever sanciones penales y administrativas para quienes contravenían sus disposiciones.

Las sanciones penales son heterogéneas, previéndose la prisión o la multa, importante en algún caso (arts. 34 y ss). Las sanciones administrativas –que varían entre los 10 000 y los 50 000 euros para las personas y pueden llegar hasta un máximo de 500 000 euros para las instituciones– están previstas para las infracciones que no alcancen el grado de gravedad propia del derecho penal (art. 44).

Además, la ley prevé también sanciones accesorias, especialmente para aquellos que intervengan a título profesional, tales como la interdicción temporal del ejercicio de actividad o profesión, o el cierre del establecimiento (art. 45). Además, la ley expresamente resalta la aplicación accesoria sea de las reglas generales sobre actos administrativos, sea del Código penal (art. 46).

No obstante, la ley únicamente reglamenta de forma expresa la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*; las disposiciones referentes a esta última se aplican análogamente a las demás técnicas médicas reproductivas (inyección intra-citoplasmática de espermatozoides; transferencias de embriones, gametos o cigotos, y otras técnicas que sean permitidas), según lo dispuesto en el art. 47.

#### ➤ 1. Consideración de las técnicas reproductivas

La ley considera a las técnicas reproductivas como un método subsidiario –y no alternativo– de reproducción (art.

4.1). O sea, su uso no depende de la mera voluntad o capricho de los potenciales utilizadores, pues únicamente están permitidas en caso de infertilidad o, cuando mucho, cuando se revelen aptas para curar o prevenir enfermedades genéticamente transmisibles (art. 4.2).

La reglamentación prevista para estas técnicas se funda –lo dice expresamente el legislador– en el respeto a la dignidad humana, sin que puedan de ningún modo contribuir a discriminaciones basadas en el patrimonio genético o en las especificidades del nacimiento (art. 3).

#### ➤ 2. Acceso a las técnicas reproductivas

El acceso a las técnicas reproductivas<sup>1</sup> sigue la línea más conservadora, pero también más común en los demás ordenamientos: sólo son admitidas parejas heterosexuales, unidas por matrimonio o simplemente por la unión de hecho comprobada con una anterioridad de por lo menos 2 años (art. 6.1). Excluidos quedan, por un lado, los hombres solos y las parejas de 2 hombres (como en todas las legislaciones de que tenemos conocimiento); por otro lado, las mujeres solas o las parejas de 2 mujeres (a la inversa de lo que está permitido en algunos ordenamientos jurídicos, tal como el español –*vide* el art. 6 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo)–.

Aparte del estado civil y la orientación sexual, existe otro requisito: la edad. Sólo los mayores de 18 años podrán hacer uso de las citadas técnicas (art. 6.2). De nuevo la ley sigue la opción más corriente, que únicamente fija un límite mínimo de edad, pero no un máximo, lo que puede suscitar algunas críticas en virtud del peligro de que personas en edad muy avanzada pudieran engendrar hijos, lo que es comúnmente repudiado por el importante riesgo de que estos niños se queden sin padres en breve plazo. La propia naturaleza se encargó de obviar ese riesgo, pero solamente en lo que a las mujeres respecta, ya que la vida fértil del hombre se prolonga casi hasta su muerte. La ley exige también la ausencia de interdicción o inhabilitación por anomalía psíquica (art. 6. 2). La utilización de las técnicas en personas que no cumplan estos requisitos acarrea pena de prisión de 2 a 8 años (art. 35).

Las personas admitidas en las técnicas de reproducción asistida deberán ser informadas de todos los elementos

1. Acerca de los presupuestos del acceso, véase Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 117 ss.; Ramón HERRERA CAMPOS, *La Inseminación Artificial: Aspectos Doctrinales y Regulación Legal Española*, Universidad de Granada, Granada, 1991, p. 37 ss.

## Artículo

necesarios de modo que puedan prestar su consentimiento libre e informado (art. 12. c) d) e) y art.14), otro de los requisitos de la legitimidad del uso de la procreación asistida.

### ➤ 3. Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (CNPMA)

El CNPMA es una entidad de control y se encuentra reglamentada en los arts. 30. y siguientes de la ley. Entre sus múltiples funciones destaca la emisión de informes en situaciones controvertidas, fiscalización de la actividad de los centros especializados, aprobación de proyectos de investigación, entre otras (art. 30. 2).

Su composición –que cuenta con nueve miembros– será determinada por el Gobierno y el Parlamento, a fin de conferirle legitimidad política y democrática (art. 31).

### ➤ 4. Centros autorizados

Las técnicas de procreación asistida sólo pueden ser llevadas a cabo en centros formalmente autorizados para tal y por personas debidamente cualificadas (art. 5). Cuando así no sea, se establece una pena de prisión de hasta 3 años (art. 34). El legislador expresa su preocupación por la buena práctica médica en la actuación de las técnicas reproductivas, pues en caso de que sean realizadas por personas sin la necesaria cualificación o sin el conocimiento del médico responsable, se aplicará el tipo legal de ofensas a la integridad física, penado en los arts. 143 y siguientes del Código penal portugués (art. 41.2). Cuando sean efectuadas por médicos habilitados, su conducta se remite a la previsión del art.150 del Código Penal, relativo a intervenciones y tratamientos médicos (art. 41.1), lo que significa que no es considerada ilícita (más específicamente, no configura una agresión a la integridad física), excepto cuando viole la *lex artis* y por eso mismo ponga en peligro la vida, el cuerpo o la salud del paciente.

### ➤ 5. Donación de gametos<sup>2</sup> y de embriones

La donación de espermatozoides, óvulos y embriones es lícita siempre que no sea posible utilizar los propios gametos o con ellos crear embriones (art. 10.1; 19.1), estableciéndose que en tales casos los progenitores legales serán los receptores de la donación y no los donantes (art. 10. 2).

La donación debe ser totalmente voluntaria. Eso significa que los gametos no pueden ser recogidos mediante el uso de la fuerza, previéndose la punición con pena de prisión entre 1 a 8 años a quien extraiga material genético sin consentimiento de la persona (art. 42). No obstante, aunque la ley no dice nada acerca de las consecuencias de la inseminación de una mujer sin su consentimiento, debemos tener en cuenta el art. 168 del Código penal que criminaliza tal práctica con pena de prisión de 1 a 8 años.

El material genético donado no es susceptible de remuneración (art. 18), ni tampoco los centros autorizados para realizar esta técnica pueden tener en cuenta el supuesto “precio” del material genético utilizado en el cálculo de su retribución (art. 17.1).

La identidad de los donantes, así como la propia técnica reproductiva, permanece confidencial<sup>3</sup>, por lo que el certificado de nacimiento no debe contener ninguna indicación a este respecto, ni siquiera la indicación de que la persona nació en virtud de una procreación médicamente asistida (art. 15.5). Este tipo de información queda protegida por la ley de protección de datos personales (art. 16.) y todos los participantes tienen el deber de respetar esta imposición (art. 15.1). El secreto y la confidencialidad asumen un grado de importancia tal, que la revelación indebida de estos datos acarrea pena de prisión de hasta 1 año y hasta 240 días de multa (art. 43).

Pero sí es posible que las personas nacidas por estos medios puedan obtener información sobre sus progenitores genéticos –sus datos genéticos y otras informaciones relevantes a efectos de impedimentos matrimoniales– excluyendo la identificación (art. 15.2 y 3.), aunque ésta puede ser revelada en caso de existencia de motivo relevante, así declarado por decisión judicial (art. 15.4).

### ➤ 6. Determinación de la paternidad

Según la ley, los donantes de espermatozoides no son considerados padres (art. 21), pues “padre” es el hombre unido por matrimonio con la mujer inseminada, o que viva con esta en unión de hecho, y que haya consentido previamente la inseminación (art. 20.1), y será su nombre el que conste en el registro de nacimiento, pudiendo este hombre impugnar la paternidad en caso de que demuestre que no prestó su consentimiento o que el consentimiento lo era

2. Sobre la donación de gametos, Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia...*, cit., p. 229 ss.; María CARCABA FERNÁNDEZ, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, p. 71 ss.; Michael FREEMAN, “The Unscrambling of Egg Donation”, *Law Reform and Human Reproduction*, (Sheila McLean, ed.), Dartmouth, Aldershot, Brookfield USA, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1992.

3. Acerca de los beneficios y maleficios del anonimato de los donantes, Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia...*, cit., p. 153 ss.; María CARCABA FERNÁNDEZ, *Los Problemas Jurídicos Planteados...*, cit., p. 110 ss.; Yolanda GOMEZ SANCHEZ, *La Reproducción Humana Asistida*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1994, p. 110 ss.; Luis GONZÁLES MORÁN, “Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida”, in *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*, (Javier Gafo ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, p. 133; Eduardo ZANNONI, “La Genética Actual y el Derecho de la Familia”, in *Tapia, Derecho y Familia*, II, Diciembre, 1987, p. 49.

para otra inseminación (art. 20. 5)<sup>4</sup>. La regla de que el consentimiento para la inseminación de la esposa confiere fundamento y legitimidad a una paternidad legal estaba anteriormente plasmada en el art. 1839.3. del Código Civil portugués (“No se permite la impugnación de la paternidad en caso de inseminación artificial al cónyuge que consintió a la misma”), por lo que la nueva ley sólo ha reiterado un principio que ya existía en nuestro derecho.

### ➤ 7. Diagnóstico genético preimplantacional

El diagnóstico genético preimplantacional se destina a detectar anomalías genéticas en los embriones antes de una eventual transferencia uterina. Es posible siempre que se respeten las condiciones estipuladas en el art. 28, y solamente cuando el embrión provenga de una familia con fuerte riesgo de alteraciones genéticamente transmisibles causantes de muerte prematura o de enfermedad grave (art. 29.1)<sup>5</sup>.

De modo un tanto arrojado, pero que celebramos, la nueva ley admite además la utilización de este diagnóstico con el objetivo de seleccionar embriones con determinadas características: el sexo, porque en caso de que sea del otro sexo acarrea una patología grave; o ciertas características genéticas indicadas para que el futuro hijo posibilite el tratamiento de una grave enfermedad en el seno de su propia familia (art. 7.3).

### ➤ 8. Embriones sobrantes

Con vistas a evitar el fenómeno del exceso embrionario<sup>6</sup>, el número de ovocitos a fertilizar debe tener en cuenta la “situación clínica de la pareja”, así como el peligro de “embarazos múltiples” (art. 24.2), de modo que sean implantados los embriones necesarios para asegurar el “éxito del proceso” (art. 24.1), pero que en una situación ideal no excediesen de aquellos necesarios para tal éxito.

Los embriones resultantes de la fertilización *in vitro* deben, en principio, ser implantados en el útero materno en su totalidad. Pero, en caso de que eso no sea posible, los restantes serán criopreservados con la expectativa de que puedan ser reutilizados por la misma pareja dentro del plazo de 3 años (art. 25.1), pudiendo ser donados a otra pare-

ja pasado ese plazo (art. 25. 2), siempre que se cuente con el consentimiento de los progenitores (art. 25.3). Nótese que estas reglas no se aplican a los embriones que no se encuentren en condiciones morfológicas para ser transferidos (art. 25.4), pues dichos embriones están destinados a la investigación científica (art. 25. 5).

### ➤ 9. Investigación con embriones

La investigación embrionaria no podrá tener por objeto embriones originados exclusivamente para tal efecto (art. 9.1), puesto que la única finalidad admitida en la creación de embriones es la procreación (excepto cuando se considere que la gestación de un embrión para que éste nazca y pueda salvar la vida de otra persona constituya, en si misma, una finalidad autónoma). Lo mismo ocurre en el caso de embriones creados con esta finalidad reproductiva (ya que con otra ni siquiera pueden ser engendrados), ni todos ellos pueden ser utilizados en investigaciones, sino solamente los que encuadren en las siguientes categorías (art. 9.4): i) embriones sobrantes, o sea, aquellos que no podrán ser transplantados al útero de una mujer y que, por lo tanto, su destino es la congelación; ii) embriones que no puedan ser transferidos en virtud de su deficiente condición; iii) embriones en los cuales se detecte una anomalía genética grave mediante el diagnóstico genético preimplantacional; iv) embriones creados sin recurrir a la fecundación por espermatozoide, lo que deja abierta la posibilidad de que el legislador permita la creación de embriones para clonación.

Aun cuando fuera admitida, se autoriza solamente la investigación dirigida a propósitos de prevención, diagnóstico o terapia, desarrollo de las técnicas de reproducción médicamente asistida, constitución de bancos de células germinales, trasplantes o –lo que pone de relieve el propósito del legislador de no hacer una enumeración cerrada e exhaustiva– cualquier otra finalidad terapéutica (art. 9.2), y solamente en la medida en que disponga del previo parecer del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida y se reconozcan los beneficios que pueda aportar para la humanidad (art. 9. 3).

La investigación fuera de estos presupuestos<sup>7</sup>, y la

4. Sobre la determinación de la filiación, María CARCABA FERNÁNDEZ, *Los Problemas Jurídicos Planteados...*, cit., p. 117.

5. En cuanto al diagnóstico genético preimplantacional vide Pedro FEMENÍA LÓPEZ, *Status Jurídico del Embrión Humano, con Especial Consideración al Concebido In Vitro*, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 17 ss.; Guilherme de OLIVEIRA, “Um Caso de Selecção de Embrões”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* (separata), 2005.

6. Sobre este fenómeno, Luís ARCHER, “Terapia Génica Humana”, *Ética y Biotecnología*, (Javier GAFO, ed.), Publicaciones Universidad Pontificia de Comillas, 1993; J. GERRIS, “L’Embryon Humain: la pratique Médicale en Belgique”, in *L’Embryon Humain in Vitro*, (Yvon ENGLERT, Alfons Van ORSHOVEN edit.), De Boeck Université, Paris, Bruxells, 2000, p. 47 ss.; G. de WERT, “Recherches sur l’Émbrion In Vitro: Considérations Étiques”, in *L’Embryon Humain in Vitro*, (Yvon ENGLERT, Alfons Van ORSHOVEN edit.), De Boeck Université, Paris, Bruxells, 2000, p. 81.

7. Para los diversos requisitos de la investigación en embriones, véase Pedro FEMENÍA LÓPEZ, *Status Jurídico del Embrión Humano...*, cit., p. 307; Michael MULKAY, *The Embryo Research Debate*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997; Mary WARNOCK, *Guía Ética para Personas Inteligentes*, Turner, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1998, p. 63 ss.; G. de WERT, “Recherches sur l’Émbrion In Vitro : Considérations Étiques”, cit., p. 81 ss.

transferencia al útero femenino de un embrión sujeto a investigación previa fuera de los casos antes citados, hace que el infractor incurra en pena de prisión de 1 a 5 años (art. 40.1.2).

### ➤ 10. Maternidad por sustitución

La maternidad por sustitución está prevista en el art. 8. Este fenómeno consiste en un contrato mediante el cual una mujer se compromete a la gestación de un niño, a partir de sus propios óvulos (sustitución genética) o con óvulos de otra mujer (sustitución gestacional) –mujer esta que puede ser la otra parte del contrato o una extraña a la relación contractual– para que después del parto entregue el bebé a la contraparte del contrato<sup>8</sup>.

La ley considera nulos estos contratos de sustitución y mantiene la regla tradicional en el derecho civil portugués de que madre es la mujer que da a luz; en el caso, la madre de sustitución.

La mera participación en contratos de este tipo no es en sí misma criminalizada, pues sólo se prevén penas para las siguientes situaciones específicas (art. 39): por un lado, la celebración de contratos onerosos; por otro lado, la promoción de su celebración (hasta 2 años de prisión y hasta 240 días de multa).

### ➤ 11. Inseminación *post mortem*

La inseminación *post mortem*<sup>9</sup> está completamente prohibida, aun cuando el hombre haya dejado su consentimiento por escrito antes de la muerte (art. 22.1). En caso de que su semen hubiese sido recogido y conservado en vida, por miedo a una ulterior esterilidad, éste será destruido (art. 22.2).

Lo que la ley sí permite es el trasplante de embriones anteriormente creados en el ámbito de un “proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre”, según la terminología legal (art. 22.3). O sea, autoriza la transferencia al útero materno de embriones resultantes de una fertilización *in vitro* efectuada en vida de su esposo o compañero.

Por otra parte, en el supuesto que esta norma no sea respetada y que de la inseminación *post mortem* naciera un niño, éste será considerado hijo del donante de esperma (art. 23.1), excepto si la mujer ha contraído matrimonio o establecido unión de hecho con un hombre que haya

prestado su consentimiento a la inseminación (con semen del difunto, nótese), porque en este caso el consentimiento funciona como atribución de la paternidad (art. 23.2).

### ➤ 12. Otras Prácticas prohibidas

La ley enumera diversas prácticas prohibidas, haciendo corresponder a algunas de ellas una sanción penal. Así, se prohíbe:

i) la clonación reproductiva (el silencio legal respecto a la clonación terapéutica permite deducir que ésta sí es permitida) en el art. 7.1, imponiendo el art. 36 una pena de 1 a 5 años a quienes se dediquen a transferir al útero embriones creados por clonación;

ii) las intervenciones destinadas a actuar sobre características del embrión, principalmente cuando sean de carácter eugenésico (art. 7. 2), lo que implica también una pena de prisión hasta 2 años y multa hasta 240 días (art. 37);

iii) la creación de seres quiméricos o híbridos (art. 7.4), que conlleva una prisión de 1 a 5 años (art. 38);

iv) la utilización del diagnóstico genético preimplantacional cuando este no sea viable. (art. 7. 5).

Como se ha precisado anteriormente, las intervenciones sobre el *nasciturus* están prohibidas, aunque el legislador autorizó dos excepciones: primera, se autorizan cuando se destinen a seleccionar determinado sexo para evitar la transmisión de una enfermedad genética ligada a uno de los sexos, y siempre que no sea detectable mediante diagnóstico genético prenatal o preimplantacional; segundo, están también permitidas en los casos del llamado “bebé-remedio”<sup>10</sup>, o sea, la manipulación eugenésica orientada a que el niño nazca con determinadas características específicas que permitan salvar la vida de otra persona enferma (en general, un hermano mayor) y que necesita un donante compatible. Estas dos hipótesis están previstas en el art. 7. 3, y si bien la primera suele incluirse sin problema en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, la segunda es muy controvertida y su redacción legal deja lugar a dudas.

### ➤ 13. Análisis final

En general, las opciones legislativas tomadas son bastante liberales, por lo menos atendiendo a lo que cabía esperar, sobre todo cuando se compara con la mayor parte de los proyectos y propuestas anteriormente presentados. La aceptación del bebé-remedio, al igual que la admisión

8. Sobre la maternidad de sustitución, Guilherme de OLIVEIRA, *Mãe há só uma (duas)! (O Contrato de Gestação)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992; Vera Lúcia RAPOSO, *De Mãe para Mãe: Questões Éticas e Legais Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Publicação do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 5, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

9. Sobre este tema, Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia...*, cit., p. 291 ss.; Maria CARCABA FERNÁNDEZ, *Los Problemas Jurídicos Planificados...*, cit., p. 82 ss.

10. Más informaciones sobre el llamado “bebé-remedio”, véase en Austen GARWOOD-GOWERS, “Contemporary Issues in the Regulation of Artificial Reproduction and Embriology in the UK”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 21, Julio-Diciembre 2004, p. 77 ss.

*Artículo*

en términos amplios de la experimentación embrionaria y la puerta aparentemente abierta a la clonación terapéutica, son claros ejemplos de soluciones innovadoras.

La opción que más controversia está suscitando en la sociedad portuguesa es la restricción exclusiva del acceso a estas técnicas a las parejas heterosexuales, excluyendo desde luego las mujeres solas (que es la más polémica de las exclusiones, pues en otros ordenamientos jurídicos esa posibilidad sí es admitida, como se deduce del art. 6.1 de la Ley española 14/2006, antes citada), ni siquiera atendiendo a algún interés superior, como pu-

diera ser el bienestar del niño, mencionado en la ley inglesa (art. 13. 5 del *Human Fertilization and Embriology Act*).

Aparte de estas consideraciones, cabe afirmar que esta ley representa un avance significativo en el sistema jurídico portugués. No sólo porque antes de dicha norma nada existía –sólo un clamoroso y peligroso vacío jurídico–, sino también porque ahora no existe simplemente una reglamentación, sino una buena reglamentación. Sin embargo, habrá que esperar a que la práctica jurisprudencial determine el verdadero alcance de su éxito.