

mente expresado pensamiento del autor colombiano cuyo pesimismo y escepticismo evitan el cercano nihilismo nietzscheano y, sobre todo, su plasmación en las formas de organización social.

No cabe duda de que la difusión del libro del profesor Serrano contribuirá a que el «ilustre desconocido» bogotano no sólo adquiera más notoriedad, algo que a él no le preocupaba en exceso, sino a que su pensamiento encuentre

la acogida que merece en el ámbito académico, puesto que su penetrante mirada al mundo que nos ha tocado vivir bien merece ser tenida en consideración para evitar la banalización de la vida a la que, en cierto modo, estaríamos avocados a ser arrastrados por las condiciones ambientales e intelectuales dominantes.

Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ
Dpto. de Filosofía del Derecho
Moral y Política I. UCM

María Olaya GODOY, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Colección Dykinson Constitucional, Madrid, Dykinson, 2014, 385 pp.

Este interesantísimo libro de M. Olaya Godoy recoge la memoria doctoral de la autora que, a lo largo de 365 páginas, presenta cuestiones candentes, tanto por su actualidad, como por la importancia que tienen, ya que una voz interior nos ha pedido, probablemente más de una vez, meditar sobre todo ello. En este momento en que muchas de las cuestiones importantes que se plantean se relativizan encontramos en las páginas de esta monografía un trabajo serio, bien estructurado y fundamentado jurídicamente. Es de agradecer su claridad expositiva y el buen hacer de su autora. Todo él es interesante y sugerente. Quiere decir que su lectura es impres-

cindible para todos, conocedores del tema y, también, para los interesados. Sugerente porque su interés no acaba al finalizar la última página, sino que contiene valiosas referencias y plantea infinidad de preguntas que exigen repensar sobre todo lo expuesto una vez concluida su lectura.

El prólogo de la doctora María J. Roca, directora de la memoria doctoral base de esta monografía, aclara que el contenido de sus páginas es un estudio riguroso y exhaustivo del régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario, como recoge el título del mismo. Con

unas cálidas y emotivas palabras la profesora Roca presenta en el prólogo a la autora y destaca alguna de las características más importantes que recoge el magnífico trabajo de esta abogada y profesora, durante unos años, en una universidad de su bellísima tierra gallega, quien ha retomado dicha actividad en una universidad de tan larga tradición como la de Alcalá de Henares. Expone que la preocupación de la doctora Godoy por el régimen jurídico de las cuestiones derivadas de las biotecnologías interesaba ya a la autora desde su primer trabajo de investigación para su tesis de licenciatura sobre *Derecho a la procreación versus derecho a la filiación*. Recoge varios artículos que sobre este tema ha publicado la profesora Olaya Godoy en diversas revistas, y que recibió un premio del Colegio de Abogados de Vigo por su trabajo «Consideraciones jurídicas sobre el Derecho a la Procreación» como mejor trabajo jurídico del año 2002, que se publicó en la revista *Otrosí* de dicho Colegio de Abogados. También su participación en distintos seminarios, sobre todo en los que organiza la Asociación Interdisciplinar de Derecho Público, lo que ha permitido demostrar a la doctora Godoy su preparación, rigor y claridad en la metodología, presentación, argumentaciones y conclusiones de todos sus trabajos y, por supuesto, en esta monografía rigu-

rosa y precisa que nos presenta la propia autora en la «Introducción».

En palabras de Olaya Godoy, dos descubrimientos cambiaron el concepto originario de procreación: la fecundación extracorpórea y la crío-conservación de células germinales. Recoge el trabajo los diferentes avances y sus aplicaciones en los diversos ámbitos de la medicina y de la genética en el que trabajan un gran número de equipos de científicos de todo el mundo. Expone, también, las consecuencias de sus numerosas aplicaciones en todos los campos posibles y los enfrentamientos y ajustes entre Ciencia, Derecho y Moral.

Se cubre el vacío jurídico sobre este tema en España con leyes acertadas o no tanto, por ser más ajustadas a ideas políticas o económicas. Las primeras: la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y la Ley 42/1988, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, persiguieron el objetivo principal de fomentar la investigación y el desarrollo de las ciencias biomédicas. El tiempo demostró la urgencia, ya en 2003, de un ajuste legislativo para cubrir las lagunas que existían y la necesidad de acometer una reforma global de la ordenación de la tecnología reproductiva. El contenido normativo en el campo de la investigación biomédica puede plantear, como explica la doctora

Godoy, problemas éticos de difícil solución, especialmente cuando se intentan solventar las lagunas jurídicas que se presentan, cuando se entienden como admitidos aquellos supuestos que no están expresamente prohibidos.

Algunos aspectos de la actual regulación de la medicina reproductiva en su conjunto han sido muy criticados y se hace necesaria una revisión, que es el objetivo principal del estudio presentado en esta monografía. Se pretende proponer una modificación de la normativa vigente para adaptarla a la realidad científica, social y jurídica, teniendo en cuenta la protección debida a todos los sujetos implicados como son los usuarios de las técnicas, los nacidos por vía artificial, *nasciturus* y personal sanitario e investigador que interviene tanto en los programas de reproducción asistida como en los proyectos de investigación biomédica con material humano de origen embrionario.

El trabajo está dividido en tres grandes capítulos con varios apartados que componen un estudio exhaustivo y clarificador del complejísimo tema tratado. El primer capítulo recoge el tratamiento jurídico otorgado a la biotecnología reproductiva por parte de la comunidad internacional. Los distintos tratamientos médicos y resultados científicos de cualquier país son conocidos e influyen en la comuni-

dad internacional en un mundo globalizado como el actual. Ofrece este capítulo un análisis de los textos aprobados en el marco de Naciones Unidas y en el ámbito europeo, que permite conocer y valorar el alcance de la normativa existente y su eficacia jurídica. Se concluye con una valoración crítica sobre los puntos en común de ambas legislaciones y sus diferencias, que permiten conocer la situación actual internacional de la cuestión.

El inicio del primer capítulo aclara que, desde su constitución en Londres en el año 1949, el Consejo de Europa ha demostrado su interés por las cuestiones relacionadas con la salud, y en especial con los avances científicos vinculados a las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética y la relevancia de las cuestiones jurídico-éticas que se derivan de todo ello. Se recogen, a continuación, desde 1979 el primer *Proyecto de recomendación sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial*, que no prosperó por falta de consenso. También conocemos en este apartado los diferentes Comités de Expertos y las diversas Recomendaciones de ámbito internacional aprobadas con carácter vinculante.

Desde el preámbulo, como presupuesto básico de todo el Convenio, se establece el respeto a la dignidad humana y los derechos que

deben respetarse sobre información, no discriminación a causa de su patrimonio genético, confidencialidad, consentimiento para cualquier intervención y la libertad de investigación sobre estas cuestiones y sus limitaciones en caso de ciertos fines meramente experimentales o de discriminación en la elección de sexo. El Convenio de Oviedo, de diciembre de 1999, es un instrumento-marco que prevé su desarrollo futuro a través de cinco Protocolos Adicionales de los cuales se han adoptado tres. El primero fue el *Protocolo Adicional sobre prohibición de clonación en seres humanos*. España, hasta el momento, sólo ha ratificado e incorporado éste a su Derecho interno. Pone la autora de manifiesto la importancia dada a esta cuestión tanto en el marco europeo en general como en el nacional. El final del capítulo aborda la eficacia jurídica de los textos tanto en el marco universal de Naciones Unidas como en el marco europeo, así como otros instrumentos sin valor normativo.

El capítulo segundo recoge el proceso de juridificación y evolución legislativa en España de la medicina reproductiva y la investigación biomédica, desde los primeros informes, en el último tercio del siglo pasado, y su evolución, incluyendo la legislación de algunas Comunidades Autónomas. La comparación con los principios inter-

nacionales de la normativa española permite el análisis de su situación actual en el ordenamiento español.

Después de unas consideraciones generales donde se explica la diversidad normativa sobre el tema tratado en este trabajo, que existe en España debido a la distribución de competencias entre el Estado y las distintas entidades territoriales que lo integran, se pasa a una presentación muy completa de ello en los distintos ámbitos jurídicos como el penal, administrativo y civil seguido de una valoración crítica. Se pasa a continuación al estudio de la regulación estatal española, con una exposición de la ordenación jurídica previa, para a continuación presentar la promulgación de las Leyes sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos. En el contexto de los antecedentes legislativos menciona la autora el *Informe Benda*, aprobado el 25 de noviembre de 1985 a petición del Ministerio de Justicia del Gobierno Federal alemán. Elaborado por un grupo de médicos, investigadores, filósofos, juristas y representantes de las Iglesias Católica y Protestante. El informe destaca que la vida comienza con la concepción y desde ese momento la vida y la salud del embrión son bienes jurídicos acreedores de protección por parte del ordenamiento. Tam-

bién se recogen las aportaciones de Francia y, desde la perspectiva confesional, la Instrucción *Donum Vitae*, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Asimismo, se analizan las propuestas y conclusiones de los dos grupos de trabajo que se constituyeron en España, uno promovido por el Congreso de los Diputados en noviembre de 1984, y otro impulsado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en febrero de 1985.

Las propuestas de ley, la aprobación de las leyes y su desarrollo reglamentario sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos se presentan como parte importante e imprescindible de este segundo capítulo, que ofrece el conocido como *Informe Palacios*, que sirvió de inspiración a la legislación española, aunque sus principios no fueron íntegramente recogidos. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, fue muy criticada por los operadores jurídicos, que encontraron grandes deficiencias técnicas en la misma. El Grupo Parlamentario Popular interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la ley en su totalidad por vulneración de la reserva de ley orgánica, y subsidiariamente contra una serie de artículos y párrafos de la

misma por estimar que podían ir contra los arts. 9, 10, 15 y 39 del texto constitucional. Posteriormente se aprobó la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos.

A continuación la autora realiza un estudio de la constitucionalidad de estas leyes. En su resolución de los recursos de inconstitucionalidad presentados, la primera de las grandes cuestiones que aborda el Tribunal Constitucional fue la posible infracción del ámbito constitucionalmente reservado a ley orgánica. Estimó el Alto Tribunal en ambas resoluciones que la reserva de Ley Orgánica ha de entenderse referida a los derechos contenidos en los arts. 15 al 28 de la Constitución y no a otros derechos como son la dignidad de la persona, del art. 10.1, o la protección de la familia, del art. 39.1. Afirma en el fundamento jurídico cuarto que la Ley impugnada «no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución y, por consiguiente, no vulnera la reserva del ley orgánica exigida en el art. 81.1 de la Constitución». Tiene en cuenta el carácter estricto y excepcional propio de la reserva de ley orgánica y declara la improcedencia de extender tal reserva «a todo aquello que va más allá del derecho fundamental en sí mismo».

Hay algún voto discrepante recogido por la doctora Godoy, como el de Jiménez de Parga, que en su voto particular defiende la inconstitucionalidad de la Ley puesto que afecta directa y esencialmente a la dignidad de la persona, valor jurídico de carácter fundamental. Es interesante la segunda cuestión tratada por el Constitucional como es el alcance de la «protección jurídica del embrión», si el *nasciturus* tiene o no derecho a la vida. El conflicto se centra en la determinación del comienzo de la vida humana. El Tribunal en su contestación sobre la pretensión de inconstitucionalidad recurre a sentencias anteriores en las que afirma que los *nascituri* no son titulares del derecho a la vida, aunque este hecho no les priva de toda protección constitucional, y considera el Tribunal que la Ley impugnada no vulnera la protección debida al preembrión en su calidad de bien jurídico constitucionalmente protegido.

Se expone de forma clara y completa la tercera cuestión resuelta por el Tribunal Constitucional sobre la posible colisión de determinados preceptos de la Ley con el contenido del art. 39 de la Constitución, sobre las formas de entender la familia con la maternidad en solitario y las posibilidades de intervención de terceros y el anonimato de los donantes de gametos y embriones, cuando la Constitu-

ción recoge que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad». El Tribunal defiende que coexisten diversas formas de familia, como corresponde a una sociedad plural, incluyendo las relaciones sin descendencia», también añade que si hay problemas manteniendo el anonimato, los hijos podrán conocer los factores genéticos de su progenitor.

La Ley 42/1988 aclara en el preámbulo que su ámbito de aplicación quedaba circunscrito a los embriones y fetos humanos implantados establemente en el útero, ya que «la donación y utilización de los gametos y de los óvulos fecundados *in vitro* o embriones preimplantatorios, con fines reproductivos u otros, ya se contiene en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida». Esta criticada Ley fue modificada por la 45/2003, de 21 de noviembre. Se atendían así las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y del Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica para resolver el problema grave y urgente de la acumulación de embriones humanos sobrantes. Las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida permitieron la preparación y aprobación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que entró en vigor el 28 del mismo mes. Se muestra un estu-

dio detallado de la misma, destacando los aspectos novedosos, las modificaciones y desarrollo reglamentario y una valoración crítica. Igualmente conocemos todos estos aspectos de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que entra en vigor el 5 de julio, derogando, entre otras disposiciones, la Ley 42/1988. La autora hace una aproximación a los contenidos relevantes y a los aspectos polémicos de la citada Ley de 2007 y, también, presenta la única modificación con la creación en junio de 2011 del Comité Español de Ética de la Investigación, que será el encargado de elaborar los criterios, principios y desarrollo de los códigos de las buenas prácticas en la investigación. Por último, la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva, y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, introduce una nueva regulación del aborto incorporando un modelo de tutela penal mixto que combina el sistema de indicaciones con uno de plazos y entiende para este último que el Derecho penal se queda al margen, en todo caso, hasta que no se completen catorce semanas de gestación. Destaca dos características de esta Ley: la prevalencia que se otorga a la voluntad de la mujer sobre la vida del embrión, y el reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario implicado.

Estos dos capítulos permiten fijar el marco jurídico de la biotecnología reproductiva. El tercero, el capítulo más largo, aborda de forma exhaustiva la protección jurídica de los sujetos implicados en el programa de asistencia médica a la procreación y en investigaciones biomédicas con material humano de origen embrionario.

La diferencia de criterios sobre la vida en los diversos países se articula en torno a dos concepciones: la defensa de la vida humana y la dignidad desde el momento de la concepción y la otra basada en la promoción de la investigación para el progreso del conocimiento sobre la vida por cualquier medio. Podemos conocer el ámbito de aplicación y el análisis de la filiación del nacido vía subrogación uterina y la legalidad de las técnicas de reproducción asistida. Además de otras técnicas contempladas que incluyen la obtención, análisis e, incluso, transformación de sus estructuras genéticas. Se permite la intervención sobre el preembrión, si es terapéutica y que no busque la selección de individuos o de la raza. La reflexión de la autora permite deducir que el Convenio de Biomedicina del Consejo de Europa, aunque prohíbe en el art. 18 la creación de embriones humanos con fines de investigación, contempla de forma implícita la investigación con los preembriones sobrantes de los procedimientos

de la fecundación *in vitro*. Sobre la clonación, aunque claramente prohibida la reproductiva, no queda claro si comprende o no la realizada con fines terapéuticos. Se recogen en este capítulo los tipos penales, las infracciones administrativas o el régimen de autorización de nuevas técnicas.

Se ofrece en este capítulo también un repaso pormenorizado del Registro y su funcionamiento: se inscribe cada donante para recoger los datos relativos a la donación de células reproductoras. Su identificación con un número de clave interno en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones. Puede constituirse con carácter asociado o independiente de este Registro un Registro Nacional de Actividad y Resultados de los Centros y Servicios de Reproducción Asistida. Debido a que todavía no existe este último, se desconocen los resultados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y no es posible su evaluación por las autoridades sanitarias. Cuando se haga se logrará con ello una optimización del uso de los recursos y un conocimiento de los resultados. Existen registros oficiales en Cataluña con datos de la sanidad pública y privada, y en Andalucía que sólo recoge datos del ámbito de la sanidad pública. También existe un registro dependiente de la Sociedad Española de Fertilidad, que funcio-

na desde 1993 y recoge datos tanto de centros públicos como privados.

En esta parte conocemos el régimen jurídico de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. En el apartado de la intervención necesaria de terceros en la procreación humana se exponen los requisitos de los donantes y las características de los contratos de donación, junto a la polémica regla que impone el anonimato del donante, que rige esta práctica médica y que ha refrendado el Tribunal Constitucional. Se centran los siguientes puntos en el debate doctrinal sobre la admisibilidad de la subrogación uterina, la nulidad del contrato de gestación por sustitución, la determinación legal de la filiación del nacido vía subrogación uterina y, por último, la inscripción en España de la filiación del nacido vía subrogación uterina «conforme a la legislación extranjera». Comenta la autora la polémica desatada por parte de la doctrina sobre la posibilidad de inscribir estas filiaciones de maternidad subrogada, admitidas de hecho por vía reglamentaria, ya que la Dirección General de los Registros y del Notariado defendió, en el fundamento jurídico tercero de su Resolución de 5 de octubre de 2010, que el encargado del Registro Civil español no determina la filiación jurídica conforme a nuestro Derecho, sino que se limita a registrar una filiación determina-

da legalmente conforme a una legislación extranjera otorgada a favor de un ciudadano español. La jurisprudencia ha entrado en este caso aplicando el orden público y prohibiendo la inscripción en el Registro en el supuesto de no figurar el nombre de la madre gestante.

Con toda razón reconoce la autora que la regulación sobre la gestación por sustitución es escasa y ambigua en España. Expone que la consideración del cuerpo de la mujer que aceptaría la gestación por sustitución como objeto *extra commercium* debe aplicarse a los ovocitos y gametos como partes del cuerpo tanto como al útero, sin embargo, se acepta la donación de ovocitos y gametos. Queda, por tanto, la subrogación uterina como único límite formal que mantiene el legislador español en el ámbito de la procreación asistida, ya que se admite la intervención de donantes de ovocitos y gametos y se rechaza la gestación por sustitución. Las técnicas de reproducción humana asistida pretendían la igualdad de todas las mujeres a tener hijos y eliminar cualquier límite que no ayude a la mujer a procrear. En este caso se discriminaría a las mujeres con óvulos fecundables pero sin capacidad de gestar. Esta contradicción es una cuestión pendiente y que debe resolver el ordenamiento español como bien señala la doctora Godoy, que también recoge los

aspectos jurídicos de la fecundación de mujer sola y *post mortem*.

Como la autora expone en sus conclusiones, existe un amplio consenso en el Derecho internacional sobre el reconocimiento de la libertad de investigación científica en sentido amplio y la limitación de su ejercicio por el respeto debido a la dignidad inherente a toda vida humana y la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se valora el recurso a las técnicas de reproducción asistida cuando se persigue una finalidad terapéutica.

Se aprecia en Europa la situación de precariedad jurídica que presenta el embrión ante el progreso científico al carecer de un estatus jurídico definido. Se prohíben, entre otras, la clonación de seres humanos, las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público y a la moralidad, la utilización de embriones humanos con fines meramente industriales o comerciales. Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado un concepto común de embrión en sentido amplio que incluye al óvulo humano desde el momento de la fecundación.

En España, el derecho de las mujeres a ser madres tiene preferencia sobre el derecho de los hijos a conocer su origen biológico o a beneficiarse de una figura paterna de referencia en el caso de la mater-

nidad en solitario. Se ha promovido una desprotección jurídica de la vida humana hacia una concepción utilitarista del embrión humano, que queda despojado de todo derecho ante los potenciales beneficios que puedan derivarse de la investigación con sus células.

Pienso que es un libro de obligada lectura para cualquier jurista, conocedor o no de este tema. El sentido de la existencia nos atañe a todos personalmente. Tanto el principio de la existencia como su final son objeto de un gran debate, debido a los nuevos planteamientos que están transformando los parámetros de algunos derechos fundamentales como el derecho a la vida. Es obvio que lo que las páginas de este libro plantean es una novedad del momento que nos toca vivir, ya que era impensable que se diera hace muy pocos años, como se ha visto en las páginas de esta monografía, debido a la imposibilidad científica de su consecución. Los avances de la medicina y la investigación, en este final del segundo milenio y principio del tercero, han propiciado que se proyecten en situaciones como la tecnología reproductiva y la investigación con material humano embrionario. Es muy de agradecer, como reco-

ge la profesora Roca en su prólogo, las palabras que la doctora Olaya Godoy expone sobre las cuestiones tratadas en estas páginas dando su opinión, después de un profundo y riguroso estudio, teniendo en cuenta la legislación, la jurisprudencia y las opiniones doctrinales sobre él mismo. En palabras del profesor A. Ollero, «las humanidades no tienen tanto que ver con la aclaración de hechos como con la comprensión de su sentido». Trata la autora, a lo largo de las páginas de esta magnífica monografía, de ayudarnos a conocer y comprender la evolución que está experimentando una cuestión que era impensable hace verdaderamente muy poco tiempo. Permite vislumbrar una no lejana posibilidad de aprobación de una legislación formal común que regule lo que prácticamente casi puede conseguirse ya apoyándose en la normativa particular, el control de las conciencias y la pérdida del miedo a relativizar las soluciones para acomodar a nuestras necesidades y deseos el sentido de la existencia que, hasta hace poco, era una tradición aparentemente impenetrable.

Montserrat PERALES AGUSTÍ
Dpto. de Derecho Eclesiástico
del Estado. UCM