

DR 29 328

Hola, buenas noches. Estamos una vez más con vosotros en esta cita habitual de los viernes, una cita con la Revista de Derecho. La Revista de Derecho os acerca a la actualidad jurídica y a los capítulos más ambiguos de las asignaturas con la intención de precisar, aclarar y ampliar vuestros conocimientos teóricos.

Como ya sabéis, este programa está elaborado con la colaboración de los profesores de la Facultad de Derecho y el CEMAP de la UNED. Durante 85 minutos nos dedicaremos a comentar y analizar parte de las materias correspondientes a quinto curso y os ofrecemos ya los titulares que figuran en el espacio de esta noche. Abriremos este programa de Derecho con un tema de civil cuarto, que lleva por título una pregunta revolucionaria y subversiva ofrecida por el profesor de la asignatura, don Jesús María Álvarez Carballo.

Seguirá la competencia judicial internacional por los profesores doña Paloma Abarca y don Julio González Campos, de Derecho e Internacional Privado. Y cerraremos la Revista de Derecho con la intervención del profesor de Procesal, don Pablo Saavedra, que nos hablará del juicio oral. Iniciamos ya la revista con un tema de Derecho Civil.

El profesor Carballo expondrá y reflexionará sobre diversos puntos de la reciente ley 35 barra 1988, del 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que se publicó en el BOE el día 24 de noviembre del año pasado. Está con nosotros el profesor Álvarez Carballo, que nos va a hablar de un tema correspondiente a la tercera unidad de Derecho Civil Cuarto, que lleva un título llamativo y que a mí me tiene profundamente intrigada. El título es una pregunta revolucionaria y subversiva.

Buenas noches, profesor Carballo. Muy buenas noches, Charo, y muy buenas noches también a mis oyentes, y a un arriesgo de tardío, debido a retraso institucional, también deseo felices y pacíficas fiestas de Navidad a todos. El tema de hoy se centra en una línea, si queréis, algo revolucionaria y subversiva, por cuanto a los nuevos descubrimientos de la biotecnología, me han hecho replantear un montón de ideas, hasta ahora aparentemente pacíficas y no discutidas, respecto a las cuales yo quiero, como crío travieso, tirar una piedra, que será pequeña al ser mía, por mis escasas fuerzas y mi gran pereza, en ese estanque tranquilo, sabiendo que el agua removida durará poco tiempo.

Parto de un supuesto elemental, tradicional, casi enraizado en la noche de los tiempos, según el cual el hijo era, casi casi, una prolongación de los padres, cuando no una fuerza gratuita de trabajo. Una manifestación de este planteamiento, aunque también obedezca a otras causas, es la costumbre española del doble apellido de los hijos vulgares, es decir, los matrimoniales, llevan como primero de sus apellidos el primero del padre, y como segundo, el primero de la madre, lo cual, además de manifestar el origen o procedencia, demostraba, de una forma casi inconsciente, esa especie de pertenencia, y por eso, con una descripción religiosa muy extendida, y yo deseo se acepte, mi sencilla intención de no tratar de ponerla en

solfa, se llamaba a los hijos fruto o bendición de Dios, cosa que, en puridad, no siempre era cierta. Profesor Caraballo, ¿pero a dónde quiere llegar, o cuál es el fundamento de la pregunta de hoy? Calma mi niña, que yo soy muy pesado, y aunque parezca lo contrario a las impacencias típicamente femeninas, yo sé poco más o menos hacia dónde voy, aunque no sé si llegaré o no.

La verdad es que esa apreciación ancestral, muy viva todavía en la conciencia social, se ve ahora cuestionada por dos acontecimientos muy diversos, y tal situación va a durar aún muchos años, por cuanto en ella existe una muy notable parte de verdad. Las dos motivaciones que han dado origen a mi puesta en duda de las ideas heredadas, no se debe tanto a mi temperamento travieso, cuanto a un prurito, casi de circo, de hacer las cosas normales de la forma más difícil, planteando de antemano posibles preguntas o apreciaciones que, a lo mejor, se afrontan dentro de trescientos años, aunque la semilla, por ser resistente, haya sido abandonada en el humus social con mucha anticipación, de la misma forma que sorprendió a los investigadores descubrir la posibilidad de germinación que mantenía el trigo que llevaba muchos siglos encerrado en una tumba faraónica. El primer núcleo de motivaciones viene creada por un movimiento cada vez más extendido hacia el derecho del menor, tema del que a lo peor algún día digo algo, hacia la independización del hijo de sus propios progenitores, quienes pasan de ser dueños del mismo a ser simplemente custodios responsables de una persona naciente a cuyos servicios se encuentran, por lo que yo llamo en mi lenguaje desgarrado, exigencias del guión, que no son otras, sino las propias fuerzas de la naturaleza que ha otorgado al cachorro humano, como dice Kipling, una indefensión que hace imprescindible para su posible supervivencia y para su adecuado desarrollo la atención de unos adultos que provean a sus necesidades más elementales.

La segunda motivación viene originada por los recientes descubrimientos en materia de biogenética, que han ocasionado un cierto grado de ruina en torno al protagonismo de los progenitores, aunque éste no se haya eliminado total y absolutamente. Profesor, hoy parece que viene en plan festivo y este es un programa serio. No, Charo, estoy hablando en serio, aunque no lo parezca, aunque acaso deba aprovechar la oportunidad para decir yo soy formal, aunque no lo parezca nunca, y en cambio no soy aburrido, aunque eso lo parezca siempre.

El dato científico, que afortunadamente muy pocos padres conocen y por eso no sienten el acento trágico de la desilusión, consiste en que sus genes tienen sólo relativa importancia en la individualización del hijo propio, por cuanto éste puede formarse de 496.000 formas individuales distintas, partiendo de los dos mismos elementos genéticos individuales, con lo cual el grado de identificación absoluta entre el don de los padres, o si lo preferís, de la pareja humana procreadora para evitar celos feminísticos queda notablemente devaluado, por más que exista, pese a todo, un cierto grado de identidad que va a ser muy importante jurídicamente, pero que ya no es el mismo que antes se pensaba. Quiero dejar expresa constancia, en defensa de la seriedad del tema, de no estar incurriendo en ciencia ficción, sino solamente poniendo de manifiesto las preguntas a las que se ha alcanzado ya una respuesta, aunque ellas hayan servido tan sólo para alumbrar otro montón inmenso, a las cuales aún no

es predecible cuándo tendremos respuesta. Para una posible excursión en términos de ciencia ficción, yo recomendaría una reflexión en torno a una obra revolucionaria, ya vieja, originariamente publicada en el año 1931 en inglés, y que ahora va en su octava edición castellana a cargo del editorial Plaza y Janés, titulada *Un mundo feliz*, y por el contrario, quien quiera conocer un expresivo y convincente relato, no de un novelista, sino de un investigador que habla sin pelos en la lengua, debe leer el libro, mucho más caro, *El embrión transparente*, de la editorial Granica, colección plural, ciencia abierta, en donde Jacques Testar, que ha sido editado en castellano en el año 1988 en Barcelona.

La novela del año 1931, producto típico de un afamado novelista, y el escrito esculpatorio del investigador, al abandonar la línea investigadora que le llevó al éxito mundial, se encuentran unidas por el tema que a mí me preocupa, como un futurible en torno al cual hay que pensar, reflexionar profundamente, sin esperar a que los acontecimientos se disparen, pues para mí es evidente, no se puede ya dar marcha atrás de forma muy parecida a cómo solamente por juego puede realizarse el experimento de ir a pasar una semana a la sierra pobre del norte de Madrid, para vivir sin luz eléctrica, sin teléfono, sin butano y sin transistor ni alimentos precocinados o latas de conservas. La posible acusación de ser estas apreciaciones más sueños de un visionario, o de constituir una réplica inadecuada a determinados avances de la investigación científica, valorados por un no especialista en ciencias biológicas, no creo le reste valor, pues cada uno se mueve en su campo y los avances ajenos también trascienden al derecho, cuando éste trata de organizar, mejor o peor, la convivencia, con arreglo a unas pautas asumidas por la conciencia social de la comunidad política, a la cual está destinado, y el dato aleatorio, de tardar más o menos en trascender el estado actual de la cuestión a la sociedad entera, no debe servir de excusa para que quienes conociendo anticipadamente el reto y sus posibles incidencias, se abstengan de reflexionar sobre ellas. Por otra parte, cada vez es más evidente la reducción que en los momentos actuales se está produciendo, entre el momento en que surge un descubrimiento científico y el tiempo que tarda en ser el mismo de dominio público, debido precisamente a la facilidad y al peso, a veces ominoso, de los medios de difusión social, a los cuales ya no es pensable poner una mordaza.

Profesor Carvajo, creo que estoy un poco perdida, así que, ¿podría concretar y dar algún asidero? Efectivamente, yo mismo tengo miedo a perderme, me gustaría mucho disponer de un asidero firme, y mucho me temo no ser capaz de encontrarlo en un estricto sentido universitario, y por eso tus palabras, siempre puestas en razón, me han venido como anillo al dedo, en la pretensión de hacer, pese a sus dificultades alguna concreción, yo haré las siguientes. Primero, es preciso darse cuenta del sentido evolutivo de la sociedad, al margen de si tal sentido nos gusta o no. Segundo, conviene percibir la incidencia, indiscutible y solamente adivinable, con un inmenso margen de error, de cómo los avances científicos van a cambiar a la sociedad actual, en cuyo territorio es tan fácil el patinazo como para que las personas sensatas se abstengan prudentemente de arriesgar una reflexión ni siquiera provisional, pero conste que yo no me considero incluido en ese grupo de personas sensatas.

Tercero, es necesaria una clara dosis de realismo y humildad, de realismo para comprender lo

difícil que es para nosotros hoy imaginarnos a Alonso Quijano leyendo libros de caballería a la vacilante llama de un candil de Lucena, y no es más fácil tratar de adivinar el futuro, y esta aparente pedantería literaria explica la necesaria dosis de humildad, o humanidad, para poder soportar la inmensidad de la propia tradición, y no es más fácil tratar de adivinar el futuro, y esta aparente pedantería literaria explica la necesaria dosis de humildad, o humanidad, para poder soportar la inmensidad de la propia tradición, y no es más fácil tratar de adivinar el futuro, y esta aparente pedantería literaria explica la necesaria dosis de humildad. El cuarto y último asidero vendría dado por ese sentido realista que llevaría a cuantificarlo a un válido de anteriores concepciones, y la dosificación precisa para poder sintonizar con las diversas posibilidades inciertas, y cuyo ulterior desarrollo solamente una persona carente de realismo y humildad se atrevería a predecir como seguras e inevitables. El cuarto y último asidero vendría dado por ese sentido realista que llevaría a cuantificarlo a un válido de anteriores concepciones, y la dosificación precisa para poder sintonizar con las diversas posibilidades inciertas, y cuyo ulterior desarrollo solamente una persona carente de realismo y humildad se atrevería a predecir como seguras e inevitables. Y trasladándolas al plan de hoy, se podrían concretar en unas cuantas líneas de reflexión formulando un juicio crítico de las por mí antes llamadas ideas heredadas, las cuales necesitan un cierto grado de actualización a la luz de los nuevos descubrimientos, y a la oscuridad de las nuevas preguntas aún sin respuesta, y que antes de los últimos descubrimientos ni siquiera era posible formular.

Es para mí un relativo misterio el que algunos novelistas en sus creaciones literarias sean capaces de anticipar acontecimientos, y así Julio Verne pudo escribir una serie de novelas con un mínimo fundamento científico que muy poco más tarde se hicieron realidad con lo que yo me atrevo a calificar de muy leves retoques. Basta recordar las 20.000 leguas de viaje submarino, o el viaje a la luna, y de forma más moderna, pero muy parecida, el novelista inglés con su mundo feliz, anticipó en el año 1931 una posible y aterradora realidad que los muy recientes avances en biogenética están haciendo sospechar casi al alcance de la mano, aunque no sean posibles hoy mismo. De parecida forma, la posibilidad actual de implantar en un útero femenino un preembrion ajeno para que ella lo alimente y desarrolle hasta darlo a luz en el momento oportuno nos va a plantear el reto y la pregunta insidiosa.

¿Quién es la madre? ¿Quién aportó el óvulo fecundado in vitro? ¿O quién solamente ha incubado durante nueve meses ese óvulo? La respuesta no es fácil, pues si bien conocemos hoy el disminuido protagonismo que los genes de los dos seres humanos tienen en la consecución de ese preembrion que inicia su aventura, pese a que aún tengan un papel importante, no podemos valorar la interacción psíquica producida durante nueve meses entre el psiquismo de aquel ser humano, a quien con mi lenguaje brusco he llamado antes incubadora, y el ser nuevo en formación. Pero precisamente por eso no estaremos en el momento adecuado para replantearnos toda la teoría de la persona humana, de la paternidad y de la maternidad, ahora que sabemos algunas cosas antes ignoradas, y dotar a esa reflexión de un tratamiento provisional en tanto no se responda a todas las otras preguntas pendientes. Esta es la razón por la cual yo puse ese título tan extraño a primera vista.

Es una pregunta subversiva por cuanto afecta mi reflexión puramente intelectual y jurídica a una serie de ideas recibidas que están siendo subvertidas científicamente. Es revolucionaria por cuanto sí se responde en un determinado sentido, en el cual parece ir el propio desarrollo social, al hablar con desfachatez casimía de los problemas del hijo no deseado, de la cada vez más amplia aceptación del asesinato, disfrazado bajo la forma de la contracepción o del aborto, para no mencionar otros tipos de procacidades usuales en la oficina, en el trabajo, en la universidad o en el ocio, ya sea este cinematográfico o televisivo. Lo reconozco, no es fácil afrontar un nivel de investigación adecuado para cuantificar logros aceptables científicamente.

Si antes he mencionado que un único complejo, es decir, un único espermatozoide, al fecundar un único óvulo femenino, puede dar lugar a 496.000 posibilidades individuales distintas, cada una de las cuales va a tener, eso creen los biólogos, la misma proporción genética paterna y materna, pero combinadas de distinta manera, no es fácil tratar de investigar hoy y ahora lo común y lo distinto de cada una de esas 496.000 posibilidades no realizadas. Este dato, del enorme número de posibilidades diferentes, produce un cierto desencanto al ver reducido el papel de protagonistas de los aportantes de los elementos genéticos que han sido el detonante de la compleja realidad resultante. Las afirmaciones en torno a una posibilidad de intervención para que el producto final salga con unas determinadas características, algo así como si se tratara de hacer unos zapatos de encargo y a medida, están todavía muy lejanas, aunque no se pueda predecir cuándo se va a llegar a saber hacer eso en un futuro más o menos lejano, pero es evidente que aquí ya surgen notables resistencias o, si queréis, escrúpulos, ya sean religiosos, científicos o políticos.

Dependerá exclusivamente del talante del operador clínico y de cómo reacciona el concreto ordenamiento jurídico al que pertenezca el sujeto. Parece, profesor Carvallo, según lo que acaba de contar, que entonces usted es partidario de la necesidad de reducir el protagonismo de los padres en torno a la herencia genética del hijo, pero yo no veo claro el elemento por el cual lo sustituyen. No, Charm, yo no trato de sustituir nada, sino simplemente tomar en cuenta unos datos distintos, tal como se ven ahora a como se veían antes.

Antes se pensaba en la absoluta identidad entre los genes de los progenitores y el resultado final del hijo alcanzado, casi de una forma matemática, con solamente una mínima incidencia para determinados factores externos y sociales que siguen existiendo, como la fisiología del propio hijo y el medio social. Yo quiero resaltar actualmente, asumiendo un planteamiento difuso no bien concretado, y pese a contradicciones evidentes, por ejemplo en tema de aborto, poner de manifiesto el protagonismo del nuevo ser llamado a la vida, lo que algunos llaman el derecho a la vida, pero es una vida tal cual ella se ha formado, y no tal como los progenitores la desearían. Esto implica un cambio radical de mentalidad, pues pretende otorgar relevancia existencial de persona al nuevo ser posible desde el momento en que tiene una posibilidad de desarrollo que nada ni nadie debe cohibir voluntariamente, al margen absolutamente del criterio de la viabilidad y de la facilidad, ya sea del médico o de la madre gestante, para atentar impunemente contra esa vida naciente por razones, a mi juicio nunca válidas, y solamente acepto los muy reducidos casos concretos que se podrían situar en el ámbito de la técnica

penal de la causa de exculpación, todo lo cual nos obliga a replantearnos el concepto de persona, y nos ayuda a resolver los casos de fecundación in vitro con transferencia de preembriones, que es el último apartado que deseo tratar muy rápidamente, mencionando solamente aspectos parciales y concretos de una ley reciente y disparatada, la ley 35 barra 1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, publicada en el boletín oficial del estado del día 24 de noviembre.

Profesor Carballo, ¿no le parecen un poquito fuertes esas palabras? No, yo creo son simplemente claras. Por otra parte, no me es posible esclarecer ahora totalmente el radical fundamento de mis palabras, aunque sí algo voy a decir para tratar de que sean entendidas en su propio contexto. Insisto en que solamente me voy a ocupar de los problemas que en la mencionada ley hacen referencia a la filiación, dejando todos los demás abandonados a otra ocasión, si ello me resulta posible, aunque no sea por radio.

A mí me hubiera gustado que esa ley se hubiera ceñido a una finalidad concreta en vez de hacer un totum revolutum, y se hubiera centrado única y exclusivamente en la técnica de reproducción asistida limitada a su finalidad estrictamente terapéutica para aquellas parejas estériles, dejando el resto de los campos sin regular de momento. Este planteamiento solventaría muchos de los problemas de filiación que la nueva ley afronta desafortunadamente. Eliminaría la absolutamente injustificada exigencia de anonimato del donante, y muy especialmente, no crearía un pretendido derecho subjetivo al hijo que no tiene encuadre ni en la naturaleza, ni en nuestro sistema matrimonial, ni apoyatura alguna, más que en esta ley desafortunada y distorsionadora de todo el sistema de filiación.

¿Qué aspectos va a tratar entonces? El primero es la absoluta impropiedad de la ley cuando habla del donante de gametos o preembriones. Cuando es evidente que uno será el donante de gametos, y por exigencias inevitables de la naturaleza, otro donante distinto, y además de distinto sexo, tendrá que ser el donante del óvulo femenino, para que al centro médico resulte posible proceder a la fecundación in vitro de esas dos diferentes fuerzas genéticas para dar lugar a la consecución de un preembrión que resultará un embrión en el momento en que la implantación en un útero femenino se haya producido con éxito antes de transcurrir 14 días a partir de la consecución del preembrión in vitro, salvo la ampliación de ese plazo fatal por la técnica complementaria de la crioconservación sin límite de tiempo conocido. Pero en la propia ley está previsto que la técnica de reproducción asistida como remedio de la infertilidad de una pareja puede dar origen a que se utilice el material genético sobrante del donante para ser utilizado en la fecundación de persona distinta de su esposa, con lo cual está clarísimo que la propia ley se ha cargado en el párrafo 8 del artículo 5 todas las pomposas referencias al anonimato del donante de gametos, ya que en caso contrario es absolutamente impensable la posibilidad de poder decirse que ese material genético sobrante va a ser utilizado para la fecundación de persona distinta de su esposa, por cuanto los seres anónimos no tienen esposa.

En este mismo sentido, se vuelve a producir otra anomalía de las típicas de esta ley cuando en el párrafo primero del artículo 9 se habla de la imposibilidad de determinación legal de filiación,

ni de reconocerse efecto o relación alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Para terminar, remachan del clavo del pretendido anonimato cuando en el párrafo segundo del mismo artículo 9 establece que el marido podrá consentir en escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial, con lo cual está clarísimo que ni la propia ley se ha creído por ningún momento sus pomposas declaraciones programáticas en torno al anonimato de las donaciones de material genético. ¿Cuál sería el segundo aspecto, profesor Tordaña? El segundo aspecto no menos sorprendente consiste en las totales atribuciones que al centro médico se le otorgan respecto al material genético sin precisar ningún género de control, ni siquiera administrativo ni de ningún otro tipo.

Los famosos donantes anónimos son donantes de material genético al centro médico, quien después hará con ese material genético lo que le plazca. Ya sea crioconservarlos si son gametos, ya sea fecundar in vitro los óvulos existentes por la dificultad que los óvulos padecen para conservar su actividad crioconservados que no sufren los preembriones, ya sea el ejercicio de la autorización que sin pudor de ninguna clase confiere la ley al centro médico en el párrafo número 4 del artículo 11, a tenor de la cual pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes, lo cual en plata viene a decir que los bancos en donde se encuentren crioconservados los gametos o los preembriones podrán hacer con esos materiales lo que les dé la gana. Profesor Caraballo, ¿me podría dar en tres frases redondas y breves, como algunas veces hace, un resumen de su opinión? Intentaré conseguirlo, aunque no lo creo fácil.

Primero, esta ley se quiere ocupar de tantas cosas que todas las mezcla y las confunde regulándolas mal. Segundo, la ley habla del anonimato del donante de material genético, pero luego resulta que hay tantas menciones expresas a la ausencia de anonimato por el camino oblicuo del vínculo matrimonial, por la mención del testamento o por la mención de la escritura pública, que aquella primera referencia queda en agua de borrajas. Tercero, pretende otorgar un derecho al hijo que no está consagrado por ninguna disposición positiva de ningún ordenamiento jurídico, naturalmente tampoco en el español, y lo pretende situar en una órbita cuasi constitucional.

Cuarto, crea insalvables incongruencias entre el régimen de filiación que pretende instaurarse como consecuencia de estas técnicas y el restante sistema de filiación vigente en nuestro ordenamiento, pese a que se remita a las normas vigentes a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo, que son absolutamente contrapuestas a la normativa general. Quinto, es llamativa la oportunidad histórica de la ley que en un momento en el cual existe un clamor universal en defensa de los intereses familiares al margen de formalismos constitutivos y de los intereses de los hijos sobre la base de la posibilidad siempre abierta de la reclamación de la verdad biológica de la filiación, propugnada por el artículo 39 de nuestra Constitución

vigente, y corroborada por la nueva redacción dada al artículo 133 del Código Civil, que prescribe una duración para la acción de reclamación de la filiación que dura toda la vida del hijo, se opte, ahora, en esta ley, que nos quieren vender como tan progresista por el viejo principio romano de la certeza del parto como atributo certero de maternidad, cuando la ciencia ha hecho posible que ese principio no sea cierto por la intervención humana otrora imposible. Sexto, dejando en el tintero otros lunares, quiero ya solamente mencionar el último.

Del tenor de la propia ley se deduce claramente una instrumentación del hijo como objeto de deseo y de tráfico, y no como una persona en formación digna de defensa y protección y creadora de responsabilidades para todos aquellos que han intervenido de una forma u otra en su posible llegada al mundo. En este sentido, es especialmente expresivo el dato de la supresión por la vía de corrección de erratas de todos aquellos párrafos concretos de la ley en que se acordaban tímidas medidas preventivas y declaratorias de la responsabilidad de los centros médicos que realizasen estas técnicas bajo la supervisión y el control del Estado. Se han suprimido de la ley, tal como se puede ver en el Boletín Oficial del Estado del día 26 de noviembre, que las elimina.

Y ya para finalizar, profesor Caraballo, ¿a qué se debe la existencia de esta ley? Soy muy brusco hablando, pero prefiero ser claro a diplomático, y al propio tiempo me gustaría ser entendido a medias palabras. La trata de blancas tiene sus víctimas, la droga tiene sus víctimas, los tratantes en hijos tienen sus víctimas, pero los que se dedican a esos tipos de negocios no son víctimas, sino aprovechados de un tráfico inhumano. Quien quiera entender que entienda, y a quien no entienda, tampoco vale la pena explicárselo.

Pero si quiero manifestar, ya por último, no se debe ver en mi postura un aire confesional o religioso, sino muy simple y llanamente, un grito, desde lo más hondo de la conciencia humana universitaria, que se niega a tragar el anzuelo servido en flamante bandeja de modernidad. Pues muchas gracias, profesor Caraballo.