

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXIX

■ Núm. 2179

■ Junio de 2015

MONOGRÁFICO



**Treinta años de reproducción asistida en España:
una mirada interdisciplinaria a un fenómeno
global y actual**

Coordinadoras: Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

Registrador de la Propiedad

*y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Madrid, 2015

Sumario

	<i>Págs.</i>
Presentación. <i>Pilar Benavente Moreda. Esther Farnós Amorós ...</i>	7-9
I. Implicaciones médico-sanitarias y bioéticas de las técnicas de reproducción asistida	11-64
Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad. <i>Onica Armijo Suárez</i>	13-38
¿Es permisible tener un hijo para curar a otro? <i>Pablo de Lora</i>	39-64
II. Implicaciones jurídicas de las técnicas de reproducción asistida	65-202
La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo. <i>Itziar Alkorta Idiakoz</i>	67-84
Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España. <i>Alma María Rodríguez Guitián</i>	85-174
La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización. <i>Esther Farnós Amorós</i>	175-202
III. Implicaciones sociales de las técnicas de reproducción asistida	203-266
Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción? <i>Carlos Lema Añón</i>	205-238
¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico? <i>José Jesús López Gálvez y Juan Manuel Moreno García</i>	239-266

IV. “Turismo reproductivo”, límites morales de los mercados e intereses en conflicto: ¿debe regularse la gestación por sustitución en España?	267-396
Aspectos registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución. <i>Rubén Baz Vicente</i>	269-282
Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida. <i>Antonio Vila-Coro Vázquez</i>	283-300
<i>Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada. Encarnación Roca Trías</i>	301-338
La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. <i>Iván Heredia Cervantes</i>	339-396

Presentación

El 12 de julio de 1984 nacía en el Institut Dexeus de Barcelona el primer bebé concebido mediante fecundación *in vitro* (FIV) en España. En 2014, treinta años después, quienes escribimos estas líneas consideramos que tal aniversario constitúa una buena ocasión para organizar unas jornadas –en el marco de los cursos de verano organizados por la Universidad Autónoma de Madrid–, que invitara a reflexionar sobre los cambios que se han producido desde entonces y, muy en especial, sobre los dilemas que las técnicas de reproducción asistida (TRA) siguen planteando.

El auge experimentado por estas técnicas, que en España se concretó en una primera ley sobre la materia en 1988 y, posteriormente, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, plantea, en un contexto globalizado, más dilemas que nunca y la reflexión sobre lo éticamente permisible resulta obligada. El análisis interdisciplinario, que tenga en cuenta sus implicaciones médico-sanitarias, bioéticas, jurídicas y sociológicas, resulta especialmente necesario en un momento en que los cambios que resultan de la mayor movilidad, han dado lugar al mal llamado “turismo reproductivo”. Este fenómeno es especialmente intenso en España, que se identifica como uno de los principales “destinos reproductivos” dentro de Europa (ESHRE), que cuenta con una floreciente “industria de la fertilidad” y que ve, a la vez, cómo sus ciudadanos viajan al extranjero para acceder a determinadas TRA.

El interés y actualidad del objeto de este número monográfico se confirma si recurrimos a los datos. Así, en la actualidad se estima que en los países desarrollados una de cada cuatro parejas presenta algún problema de infertilidad (OMS). Además, a la infertilidad en sentido médico se suman ahora otras causas de infertilidad, como las derivadas del aplazamiento de la maternidad por factores sociales (infertilidad social), las que resultan de no formar parte de una relación heterosexual (infertilidad estructural) o las derivadas del padecimiento de ciertas enfermedades o del sometimiento a tratamientos médicos agresivos con el fin de combatirlas (oncofertilidad). Además, desde el nacimiento del primer bebé concebido mediante FIV, en 1978, en el mundo ya han sido concebidos de esta

forma más de cinco millones de niños (ESHRE). En España se estima que representan un 3% del total, y más del 4,5% en Cataluña (FIVCAT.NET).

Durante 2014 dedicamos nuestro esfuerzo a que el curso de verano “Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual” saliera adelante. Y, finalmente, así fue: durante los días 3, 4 y 5 de septiembre ponentes, organizadores y asistentes procedentes de áreas tan diversas como el derecho, la biología, la medicina, la psicología, la ciencia política o la filosofía, nos reunimos en La Cristalera (Miraflores de la Sierra) para reflexionar, discutir y aprender. El curso se inició con la lección inaugural de la Dra. Anna Veiga. Quien fuera “madre científica” del primer bebé concebido en España mediante FIV pronunció la conferencia “El milagro de la vida: balance de la reproducción asistida en España después de Victoria Ana”.

Con esta publicación se pretende dejar constancia de aquellas jornadas, por lo que sigue su misma estructura lógica, que agrupa los trabajos presentados por los ponentes en función de las distintas implicaciones que presentan las TRA. Así, en el bloque relativo a sus implicaciones médico-sanitarias y bioéticas, la doctora Onica Armijo presenta algunas de las nuevas aplicaciones de las TRA, con especial atención a la infertilidad social y la oncofertilidad, y el profesor Pablo de Lora plantea si es permisible tener un hijo para curar a otro. Dentro del bloque sobre las implicaciones jurídicas de las TRA, la profesora Itziar Alkorta habla de la necesidad de regular las TRA, con especial énfasis en los problemas que surgen en los ordenamientos desregulados; la profesora Alma M. Rodríguez analiza algunos de los dilemas jurídicos que plantean las TRA, con especial interés en los retos legales derivados de la posibilidad de acceso a la doble maternidad y en la fecundación *post mortem*, una práctica admitida en España pero prohibida en otros ordenamientos cercanos. Para cerrar este bloque, la profesora Esther Farnós presenta la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al acceso a la reproducción asistida, a partir de una aproximación crítica a casos recientes en los que dicho Tribunal ha recurrido al margen de apreciación de los estados miembros. Las implicaciones sociales de las TRA se discuten en relación con el dilema entre autonomía y sujeción que representan para las mujeres, a partir de la mirada del profesor Carlos Lema. También desde el punto de vista de sus implicaciones sociales, los doctores José Jesús López y Juan Manuel Moreno se preguntan si el auge de las TRA en España permite hablar de una “industria de la fertilidad”, o más bien de una respuesta a la búsqueda del hijo biológico. La publicación concluye con los trabajos que cerraron la mesa redonda final del curso de verano, que llevaba por título “Turismo reproductivo”,

límites morales de los mercados e intereses en conflicto: ¿debe regularse la gestación por sustitución en España? No es casual que una cuestión que es objeto de debate actual en la sociedad española cierre el trabajo y se analice a partir del punto de vista de ponentes con tesis encontradas, pero siempre fundamentadas, sobre esta cuestión. Así, el Sr. Rubén Baz presenta las novedades que en materia de inscripción de la filiación resultante del acceso a la gestación por sustitución en el extranjero contiene la nueva Ley del Registro Civil, de inminente entrada en vigor; el Dr. Antonio Vila-Coro se hace eco de la demanda social real de la gestación por sustitución y se plantea cómo debería abordarse su posible regulación en España; la profesora Encarnación Roca Trías se pregunta cómo integrar el interés del menor con dicha práctica; y el profesor Iván Heredia Cervantes hace balance de los vaivenes jurídicos que han tenido lugar en los últimos seis años por lo que respecta a la inscripción en España de la filiación resultante.

No podemos concluir esta presentación sin manifestar nuestro agradecimiento más sincero a las personas que han hecho posible que esta publicación, y las jornadas en las que tiene su origen, salieran adelante. Queremos dar las gracias, en particular, a los ponentes que de manera entusiasta aceptaron nuestra invitación a participar en las mismas y a publicar sus resultados. Gracias también a los asistentes al curso, la mayoría de ellos estudiantes universitarios procedentes de distintos puntos de la geografía española y, lo que es más relevante, con formación académica diversa (derecho, biología, medicina, psicología, ciencia política). Ello nos permitió contar con el mínimo necesario para que el curso pudiera celebrarse y con el número, composición y estructura perfectos para que se llevara a cabo en un clima de curiosidad intelectual y confianza que hizo posible el debate y la sana crítica.

No podemos dejar de reconocer la ayuda económica y logística prestada por la Fundación de la Universidad Autónoma de Madrid, el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, ASISA y la Oficina de Actividades Culturales de la Universidad Autónoma de Madrid, sin cuyo soporte las jornadas que dieron lugar a este trabajo no hubieran salido adelante. Finalmente, agradecemos que desde el Boletín del Ministerio de Justicia se considerara de interés la publicación de los distintos trabajos en este número monográfico.

Dra. Pilar Benavente Moreda

Dra. Esther Farnós Amorós

Madrid-Barcelona, 28 de mayo de 2015

I. Implicaciones médico-sanitarias y bioéticas de las técnicas de reproducción asistida

Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad

ONICA ARMIJO SUÁREZ

*Doctora en Medicina por la Universidad Complutense de Madrid
Facultativo Especialista Adjunto del Servicio de Ginecología y Obstetricia del
Hospital Universitario La Paz. Madrid*

Resumen

Las Técnicas de Reproducción Asistida desde que nació la primera niña en España hace ya 30 años no han hecho más que incrementarse tanto en volumen, por la alta demanda de las mismas, como por su diversificación y renovación constante, apareciendo situaciones nuevas como es el manejo de los miles de preembriones congelados sobrantes, la preservación de la fertilidad en las pacientes oncológicas o la preservación de la fertilidad por motivos sociales debido al retraso de la maternidad.

Abstract

Since the first child was born in Spain 30 years ago, assisted reproductive technologies have not only increased in volume by their high demand but also for their diversification and constant renewal which have resulted in new situations such as the management of thousands of remaining frozen pre-embryos, preservation of fertility in oncological patients, as well as fertility preservation for social reasons due to delayed childbearing.

Palabras clave

Reproducción asistida, esterilidad, oncofertilidad, preembriones.

Key words

Assisted reproduction, infertility, oncofertility, preembryos

Sumario

- Introducción
1. Destino de los preembriones sobrantes
 - 1.1 Epidemiología
 - 1.2 Conceptos
 - 1.3 Legislación
 - 1.4 Destino de los preembriones sobrantes: utilización por la mujer o pareja
 - 1.5 Donación de embriones
 - 1.6 Investigación con embriones
 - 1.7 Legislación en otros países
 - 1.8 Problemas
 - 1.9 Conclusiones
 2. Oncofertilidad
 - 2.1 Gonadotoxicidad
 - 2.2 Técnicas
 - 2.2.1 Actitud expectante
 - 2.2.2 Protección médica gonadal
 - 2.2.3 Trasposición ovárica
 - 2.2.4 Criopreservación de corteza/tejido ovárico
 - 2.2.5 Criopreservación de embriones
 - 2.2.6 Criopreservación de ovocitos
 - 2.2.7 Ovodonación
 - 2.2.8 Estrategias de futuro
 - 2.3 Conclusiones
 3. Fertilidad Social
 - 3.1 Definición
 - 3.2 Modelos de Familia
 - 3.3 Motivos de preservación de la fertilidad
 - 3.4 Subrogación uterina
 - 3.5 Trasplante uterino
 - 3.6 Modelo “familia con deseo de gestación múltiple”
 4. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Han pasado muchos años desde que naciera, gracias a la fecundación *in vitro* la primera niña Louis Joy Brown en 1978 en el Reino Unido y más de 30 años en España, gracias al Dr. Barri y a la bióloga Anna Veiga. Las Técnicas de Reproducción Asistida no han hecho más que incrementarse tanto en volumen, por la alta demanda de las mismas, como por su diversificación y renovación constante, apareciendo situaciones nuevas como es el manejo de los miles de preembriones congelados sobrantes, la preservación de la fertilidad en las pacientes oncológicas o la preservación de la fertilidad por motivos sociales debido al retraso de la maternidad.

Es precisamente el objeto del presente trabajo dedicar nuestro análisis a las diferentes técnicas utilizadas en la práctica ante la aparición de las nuevas y diversas situaciones al amparo y respaldo de la vigente Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

1. DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SOBRANTES

En los ciclos de fecundación *in vitro* generamos en muchas ocasiones más embriones de los que se van a transferir en fresco es por esta razón por la cual debemos tener muy claro cuál va ser el destino de los preembriones sobrantes.

1.1 Epidemiología

La esterilidad afecta a una de cada diez parejas, esto quiere decir que existen 800.000 parejas con problemas de fertilidad en España. En el mundo se ha logrado que nazcan cinco millones de niños gracias a estas técnicas y en nuestro país representan aproximadamente el 3% de los nacimientos¹.

El registro de la Sociedad Española de Fertilidad (en adelante, SEF), ha publicado recientemente que se han realizado 30.000 ciclos de inseminación, 45.000 ciclos de fecundación *in vitro* (en adelante, FIV), se han transferido 50.000 embriones y descongelado más de 41.000

¹ MATORRAS, R., HERNÁNDEZ J., eds. Estudio y tratamiento de la pareja estéril: recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad. Madrid: Adalia, 2007.

embriones; se han criopreservado 22.000 ovocitos. Y todavía existen más de 500.000 embriones congelados².

El problema es que se deben generar un número mayor de ovocitos de los que finalmente se deben transferir a la mujer en un ciclo de FIV debido a que es necesario fecundar varios óvulos dado que la tasa de nidación y embarazo es muy baja: solo 1 o 2 de cada 10 ovocitos tiene éxito. Se considera normal en el último Consenso de la Sociedad Europea de Reproducción Asistida (en adelante, ESHRE) una respuesta de entre 7-15 ovocitos obtenidos³ tras la estimulación ovárica previa a la punción folicular. Y se define como “baja respondedora”, es decir, escasa e insuficiente por debajo de esta cifra. Por otra parte, se aprovecha esa primera estimulación para generar embriones sobrantes y criopreservarlos y, de esta manera, evitar a la paciente tener que someterse a una futura estimulación ovárica en el caso de querer tener más hijos y no tener que asumir de nuevo los riesgos anestésicos y quirúrgicos que conlleva la punción folicular.

1.2 Conceptos

Para poder entender de qué estamos hablando es importante tener claro una serie de conceptos:

En primer lugar, tal como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴, desde el punto de vista ético, hay una coincidencia general en la mayoría de los países en establecer el inicio de la individualidad a partir del día 14 del desarrollo embrionario.

Dentro de los conceptos señalados conviene tener presentes los siguientes que recoge y menciona la propia ley:

«Embrión»: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56

² Sociedad Española de Fertilidad (SEF) 2012, datos del Registro SEF, accesible en: <https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/>

³ FERRARETTI, AP. et al. ESHRE consensus on the definition of poor response to ovarian stimulation for in vitro fertilization: the Bologna Criteria. Human Reprod. 2011 Jul; 26(7): 1616-24.

⁴ BOE del 27 de mayo de 2006.

días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.

«Feto»: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.

La LTRHA también define el concepto de «preembrión»: como el embrión *in vitro*, constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

También para poder entender qué es la criopreservación, desarrollaremos una serie de conceptos: La congelación embrionaria tiene por objeto conservar los embriones sobrantes de un tratamiento de reproducción asistida tras la transferencia embrionaria, o bien todos los embriones obtenidos en el laboratorio en caso de que dicha transferencia no se pueda llevar a cabo.

Estos embriones se conservan y almacenan congelados en tanques adecuados que contienen nitrógeno líquido (-196 °C). Su descongelación posterior permite la transferencia en un momento distinto del ciclo en el que se produjeron los embriones.

La legislación española establece la obligatoriedad de criopreservar todos los embriones viables sobrantes procedentes de un ciclo de reproducción asistida. Además, se establece que los Centros de Reproducción Asistida deberán estar dotados de los medios humanos y materiales, así como de los recursos técnicos adecuados y de un seguro obligatorio para los bancos de preembriones.

Tanto la congelación de preembriones como los destinos posibles de los preembriones congelados, están regulados en la ya citada Ley 14/2006 del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

1.3 Legislación

Las cuestiones y materia abordada en el presente trabajo han sido objeto de regulación específica en diferentes textos legales que sirven de cobertura a los aspectos técnicos mencionados en el mismo. Así, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; la Ley 42/1988, de 31 de diciembre, de Donación y Utilización de

embriones y fetos humanos o de sus células; La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la LTRA de 1988.

Actualmente la regulación específica en materia de técnicas de reproducción humana asistida se encuentra recogida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Igualmente hemos de referirnos a la Orden Ministerial de 5 de noviembre de 2014, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización⁵.

1.4 Destino de los preembriones sobrantes: utilización por la mujer o pareja

Los embriones viables sobrantes de un ciclo de fecundación in vitro se criopreservarán en nitrógeno líquido, pues no todos los embriones no transferidos son aptos para la congelación. El destino posterior de los embriones congelados puede ser diverso:

- a) La utilización por la propia mujer o, en su caso, su cónyuge femenino.
- b) La donación con fines reproductivos. En el último Registro publicado por la Sociedad Española de Fertilidad se ha publicado que solo en España se han donado 1.300 embriones en el último año⁶.
- c) La donación con fines de investigación.
- d) El cese de su conservación sin otra utilización.

El consentimiento con respecto a este destino se debe renovar cada 2 años. Si durante dos renovaciones consecutivas no se obtuviera la firma, el centro podrá disponer de ellos, para cualquiera de los fines anteriormente citados.

⁵ Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Boletín Oficial del Estado, 6 de noviembre de 2014, núm. 269.

⁶ Datos del Registro Sociedad Española de Fertilidad 2012, accesible en: <https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/>

La utilización por la propia mujer o su cónyuge podrá efectuarse en cualquier momento mientras la mujer reúna los requisitos clínicamente adecuados para la realización de la técnica de reproducción asistida (lo que constituye el plazo máximo de conservación).

Respecto al tiempo que pueden permanecer congelados los embriones antes de ser transferidos al útero con éxito, en España la Ley 14/2006 establece: "... por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con el objeto de que se le puedan transferir en intentos posteriores." Existen escasos estudios en los que se evalúe la viabilidad embrionaria tras largos períodos de criopreservación, ya que la congelación de embriones humanos se realiza desde hace algo más de veinte años.

Aun así, existe un caso donde se descongelaron unos embriones, después de llevar 12 años congelados, que produjeron un embarazo gemelar sin ningún problema ulterior⁷.

En caso de pareja separada, si la mujer deseara utilizarlos para su reproducción personal habría de contar con el consentimiento del ex-marido para la nueva transferencia que hubiera de realizarse, ya que los hijos serían de ambos.

También comentar lo que ocurriría en el caso de que falleciera el marido y existieran embriones criopreservados: solo se considerará filiación cuando el material reproductor esté en el útero de la mujer o exista consentimiento para fecundar a la mujer en los 12 meses después de su muerte y debe existir una constatación escrita además del consentimiento afirmando tal deseo.

La destrucción de estos embriones criopreservados solo se llevará a cabo, cuando haya pasado el máximo de conservación establecido por la ley (acabe el período fértil de la mujer) sin que se haya optado por las otras tres alternativas.

1.5 Donación de embriones

La donación con fines reproductivos se puede llevar a cabo si la mujer no superaba los 35 años cuando se realizó la congelación y los embriones pueden ser donados a mujeres o parejas estériles que los necesiten. La

⁷ REVEL, A. et al., Twin deliver following 12 years of human embryo cryopreservation: case report. Human Reprod 2004 feb; 19(2): 328-9.

donación es voluntaria, gratuita, anónima y altruista y precisa de un consentimiento escrito específico previo y actualización de serologías.

Muchos autores apoyan el hecho de que se hable de “adopción” de embriones más que donación, pues este último término se utiliza para objetos o cosas, no preembriones⁸.

Esta opción permite dar salida a embriones sobrantes, bien porque la pareja ya no quiera más hijos o bien porque estén huérfanos: porque hayan fallecido o no aparezca la pareja o no tengan dinero para transferírselos.

Las receptoras y los hijos nacidos tienen derecho a obtener información general de los donantes, que no incluya su identidad. En circunstancias extraordinarias que comporten peligro cierto para la vida o la salud del nacido, o cuando proceda de acuerdo con las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, con carácter restringido y sin que ello modifique nunca la filiación establecida previamente.

Con el contrato de donación de embriones se formaliza la donación de los citados embriones por parte del Centro a la parte receptora, a la que se recuerda también el carácter gratuito, secreto y anónimo de la donación de embriones y su naturaleza de acto voluntario, altruista y desinteresado.

¿Por qué lo eligen las parejas? Existen múltiples motivos: Para poder vivir la experiencia de un embarazo, o bien, para que exista igualdad en la pareja en cuanto a aportación de gametos. Esto también permite evitar años de espera para la adopción. Permite una vinculación emocional antes que con la adopción. Además la mujer puede controlar el ambiente prenatal, cosa que no es posible con la adopción.

A su vez, con la donación o recepción de embriones, conocen el origen del niño: tienen la información médica, social y psicológica de los padres genéticos. Así mismo, existe privacidad: “no dar explicaciones” al resto de la sociedad sobre el origen del niño, existe un embarazo y nadie pregunta más. Y algo por lo que muchas parejas optan por este recurso, es porque es mucho más barato que un ciclo de FIV con donación de óvulos y de semen.

⁸ D. GARCÍA FERNÁNDEZ. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. *Dereito*. 2008, vol 17., núm 2 pp. 49-63.

Los datos de identidad de los donantes son custodiados en el más estricto secreto y en clave en el banco de datos del Centro y, según prevé la ley, han de serlo también en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones con fines de reproducción humana. Este Registro nacional consiste en un registro único formado por las bases de datos de cada centro o servicio autorizado por la Comunidad Autónoma respectiva, mediante su agregación en una Base Central administrada por el Ministerio de Sanidad y Consumo. En dicho Registro deben ser recogidos, tratados y custodiados en la más estricta confidencialidad, y de acuerdo con la normativa y de protección de datos vigente, los datos de los donantes y receptoras⁹.

En el caso de donación de embriones también se debe contemplar, como en la donación de gametos, que los progenitores hayan sido estudiados para diversas enfermedades infecciosas transmisibles¹⁰ y en el caso de ser necesaria una segunda prueba de confirmación de alguna de las pruebas, mantener los embriones congelados en contenedores de cuarentena hasta su confirmación.

Debe existir este Registro dado que se ha consensuado que de cada donante no deben nacer más de seis hijos. Y por esto debe existir un registro Nacional que lo recoja.

Por tanto la donación de embriones tiene sus ventajas¹¹: no requiere de los trámites oficiales de adopción. Además los progenitores firman un consentimiento renunciando a cualquier acción que demuestre su paternidad y aceptando el carácter no lucrativo. Se procura que tanto donantes como receptores sean residentes en otras comunidades o países para evitar que en un futuro no coincidan “los hermanos”.

En cambio también tiene desventajas: No se puede elegir el sexo, ni fenotipo (es decir las características externas, físicas), aunque esto es común a la adopción. Por otra parte, la recepción de embriones no tiene

⁹ Real Decreto 413/1996, del 1 marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, núm. 72.

¹⁰ Real Decreto 412/1996, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de Reproducción humana de 1 de marzo, núm. 72.

¹¹ GARCÍA FERNÁNDEZ, D., Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. *Dereito*. 2008, vol. 17, núm. 2 pp. 49-63.

garantía de éxito del tratamiento, las posibilidades de que la paciente geste con esta técnica es de un 32% y los costes aproximados de unos 2.000 euros, bastante más económicos que los de una adopción internacional.

La preparación hormonal de la receptora, necesaria para transferir estos embriones donados, es un procedimiento muy sencillo: se realiza una preparación uterina de la receptora con hormonas orales o transdérmicas tanto aprovechando un ciclo natural como substituido (con hormonas).

1.6 Investigación con embriones

Esto ocurrirá cuando se ceden de forma altruista para proyectos de investigación biomédica en centros especialmente autorizados y con proyectos concretos también acreditados. El ejercicio efectivo de esta opción conllevará la suscripción de un consentimiento adicional y específico en el que se expliquen los fines que se persigan con la investigación y sus implicaciones.

Debe ser un proyecto de investigación autorizado por la autoridad estatal o autonómica competente, previo informe favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y la Utilización de Células y Tejidos Humanos. Además de obtener el visto bueno de la dirección del centro en el que se realizará la investigación, así como el informe favorable del Comité de Ética de la Investigación que le corresponda.

Se prohíbe de forma explícita la producción de preembriones o embriones humanos para destinarlos a investigación¹².

Solo podrán realizarse estas investigaciones con aquellos preembriones en las que se ha descartado su transferencia, sea a su progenitora o a otras mujeres y con el consentimiento de los progenitores y con el control de las investigaciones desarrolladas por parte de la Comisión Nacional y de comisiones locales de los centros en los que se desarrolleen¹³.

¹² Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825-36830.

¹³ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28826 a 28848.

Estas investigaciones deben ser de interés científico y carecer de carácter predominantemente lucrativo. Debe ser imposible su estudio en modelo animal. Se refiere a embriones *in vitro* de menos de 14 días desde la fecundación. Limita la posibilidad de investigación a embriones no viables, y excluye cualquier otra clase de investigación que no tenga carácter diagnóstico o terapéutico con embriones viables¹⁴.

Pero ¿a qué consideramos preembriones no viables? Cada vez hay más expertos que opinan que aquellos embriones sobrantes, que han pasado el plazo legal de utilización y que han sido apartados de cualquier proyecto parental deben ser considerados como no viables.

1.7 Legislación en otros países

En cuanto a la legislación en otros países es común en casi todos ellos, la prohibición de clonación reproductiva, la implantación de embriones en un útero de otra especie, la selección de sexo (con finalidad distinta que la prevención de enfermedades), comercializar con embriones y transferir embriones con los que se haya investigado.

En Reunido Unido y EE.UU. se permite crear embriones para investigar (deben ser destruidos en el plazo de 14 días después de la fecundación) También se permite utilizar embriones (ya existentes) para generar células madre en Suecia, así como en Reino Unido¹⁵.

1.8 Problemas

Desde un punto de vista eminentemente práctico, la LTRHA de 2006 plantea algunos problemas:

Es una legislación disuasoria para investigación, muchos investigadores afirman que es un “galimatías”, por su gran complejidad a la hora de tratar de poner en marcha una investigación con estos embriones sobrantes.

Se debería reconsiderar el número de embriones generados pues no hay un límite legal en cuanto al número de ovocitos y embriones generados (sí

¹⁴ II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Abril 2000). Accesible en <http://www.cnb.csic.es/~transimp/IIinformeCNRHA.pdf>.

¹⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, D. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. *Dereito*. 2008, vol. 17, núm. 2 pp. 49-63.

al número de embriones a transferir: 3). Por todo ello cada vez, se recomienda más criopreservar ovocitos y no embriones.

Además, las instalaciones de los Centros son costosas para su mantenimiento tanto para la pareja como para el Centro: y no son pocas las parejas que “abandonan sus embriones” por no poder asumir estos costes.

Por otro lado, existe un problema en cuanto a la edad para ser donantes de gametos/embriones pues en las mujeres debe ser menor de 35 años y muchos de estos embriones “sobrantes” son de mujeres de más edad.

Y puede plantearse otros inconvenientes que se plasman en el trabajo de Asensio y col.¹⁶... publicado en el año 2001, en el que se recoge la opinión de las parejas con respecto al destino de los embriones que todavía tienen criopreservados entre las opciones legalmente permitidas: Llama la atención que casi un tercio tiene intención de colocárselos en un futuro, otro tercio los donaría a otras parejas, pero es que al otro tercio no les complace ninguna opción de las posibles. Ante la pregunta de por qué no se los han puesto todavía: casi un 58% está satisfecho con el número de hijos. Pero es que un 9% de las parejas presenta situaciones médicas que contraindican un nuevo embarazo (lo que nos hace a la idea, de que muchas de estas mujeres gestan en edad tardía, donde pueden surgir complicaciones en la gestación (hipertensión, diabetes,...) que pueden contraindicar una nueva gestación.

En un 7% de las parejas existe una respuesta discordante, y hasta en un 7% existen dificultades económicas que hacen inviable el ciclo de criotransferencia.

Otro posible problema surge de la duda de si la congelación puede deteriorar el embrión una vez descongelado y de si esto puede tener consecuencias en un futuro. Los resultados que se obtienen después de transferir los embriones descongelados van a depender de un conjunto de características; de la calidad de estos embriones, de la técnica utilizada en la congelación, etc.¹⁷

¹⁶ ASENSIO, M. *et al.* Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados 5 años de congelación. *Prog. Obstet. Ginecol.* 2001; 44:199-204.

¹⁷ WENNERHOLM, UB. *et al.* Children born after cryopreservation of embryos or oocytes: a systematic review of outcome data. *Hum Reprod.* 2009 Sep; 24(9): 2158-72.

Cada vez hay más trabajos que describen mejores resultados que con embriones en fresco tanto en tasas de gestación, (parece deberse a un efecto deletéreo sobre el endometrio por la hormonación en la estimulación en fresco) efecto sobre el endometrio y en cuanto a resultados perinatales existe una mayor tasa de parto prematuro y de bajo peso con ciclos en fresco que utilizando congelados.

La congelación embrionaria no parece tener efectos adversos sobre la tasa de anomalías en el nacimiento alrededor de un 1,8% de los recién nacidos tras estas técnicas¹⁸.

1.9 Conclusiones

Para concluir sobre el destino de estos embriones podemos recoger las conclusiones de la Comisión de Reproducción Asistida¹⁹ : “La vida humana desde la etapa de embrión merece un especial respeto”. Y hay dos opiniones: las de aquellos que lo consideran como una realidad personal y la de otros que opinan que existen diferentes etapas para ser considerado como ser personal.

La Comisión también rechaza los experimentos no terapéuticos en embriones de más de dos semanas y afirma que no es deseable la acumulación de embriones sobrantes. Recomienda, también, la consideración de criopreservar de ovocitos y no embriones. Afirma que se debería considerar como primera posibilidad la donación de los embriones, antes que las otras dos opciones. Y que es preferible su utilización para investigación antes que su destrucción. Por otro lado, se debería plantear un plazo final para la congelación de embriones.

Por tanto y para finalizar este bloque podemos concluir que hay miles de embriones congelados, pero que existen alternativas para darles salida. Debe existir una legislación que lo facilite, tanto en la medicina pública como en la privada.

¹⁸ LI, Z., WANG, YA. *et al.* Clinical outcomes following cryopreservation of blastocysts by vitrification or slow freezing: a population-based cohort study Hum Reprod. 2014 Dec 29(12): 2794-801.

¹⁹ II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Abril 2000). <http://www.cnb.csic.es/~transimp/IIinformeCNRHA.pdf>

2. ONCOFERTILIDAD

Consiste en la preservación de la fertilidad en los pacientes con cáncer.

Podemos afirmar que uno de cada 715 adultos habría sufrido un cáncer en la infancia. Pero con las nuevas terapias combinadas se puede llegar a conseguir una curación de entre 90-95% de los casos²⁰.

Por otro lado, en la actualidad la mujer retrasa la maternidad para concebir su primer hijo, la edad del primer hijo en la mujer española se ha situado en los 32 años (datos del Instituto Nacional de Estadística) y por tanto aumentan las posibilidades de sufrir un proceso oncológico antes de ver cumplido su deseo reproductivo.

En el varón, se debe proponer criopreservar una muestra de semen, previa a realizar el tratamiento químico o radioterápico. Tras la remisión completa y tras plazo establecido de seguridad procede repetir el seminograma para comprobar si es válido en fresco. Si no, se podría utilizar el semen congelado.

2.1 Gonadotoxicidad

El tratamiento oncológico produce con mucha frecuencia daño en el tejido ovárico, es lo que se denomina gonadotoxicidad, pues los ovarios son muy sensibles a los tratamientos citotóxicos. Esta gonadotoxicidad va a depender del tipo de agente quimioterápico utilizado –los más agresivos son los alquilantes–, de la dosis administrada, del número de ciclos de quimioterapia. También el daño dependerá de la edad de la mujer (en menores de 40 años, la posibilidad de desarrollar un fallo ovárico es del 40%). Deberemos tener en cuenta la reserva ovárica de base y de si ha asociado o no radioterapia.

Si se utiliza radioterapia hay que tener en cuenta que los ovarios humanos son muy sensibles a la radiación: dosis menores de 2Gy pueden ser suficientes para destruir el 50% de los folículos primordiales. La radiación pélvica (5-10Gy) necesaria, por ejemplo en cáncer de cérvix, puede producir fallo ovárico precoz. El mayor riesgo se produce con la radioterapia externa.

²⁰ THOMSON, AB. *et al.*, Fertility and progeny. Eur J Cancer 2002 Aug; 38(12):1634-44.

La supervivencia no se modifica con un embarazo posterior en las pacientes con cáncer de mama: No empeora el pronóstico ni existe riesgo adicional de recidiva, aunque sí parece que aumenta el riesgo de aborto espontáneo y la incidencia parto prematuro y retraso del crecimiento intrauterino²¹. Además se ha observado que hay que ofertar la preservación de la fertilidad como parte del tratamiento de estos pacientes pues se convierte en un aliciente para su recuperación.

Esta decisión debe individualizarse dependiendo de la edad de la paciente, el tipo de tumor y el grado de infiltración.

2.2 Técnicas

Para elegir la técnica más adecuada, debemos tener en cuenta²² el riesgo de esterilidad de cada paciente, que dependerá de la edad y de la reserva ovárica. Así mismo dependerá del pronóstico de la enfermedad, del estadio en el que se diagnostique y de las tasas de supervivencia.

También es importante tener en consideración si esta técnica de preservación va a retrasar el inicio de quimioterapia. Además pudiera existir el riesgo de someter a un tratamiento hormonal a la paciente para la estimulación ovárica controlada, ya que existen muchos de estos tumores son hormonosensibles. Otra cuestión que se plantea es el hipotético riesgo de persistencia de células tumorales en tejido ovárico congelado.

Previo a la selección de la técnica de preservación deberemos acudir a la consulta del ginecólogo especialista para la realización de un estudio de la reserva ovárica: se solicitará una analítica hormonal [FSH (hormona folículo estimulante), estradiol basal y la Hormona Antimulleriana] y una ecografía ginecológica para el recuento folículos antrales.

Pero actualmente es imposible predecir cómo se comportará su fertilidad después del tratamiento²³.

²¹ Documento de Consenso Cáncer de Mama y Fertilidad. Sociedad Española de Senología y Patología Mamaria. SEGO y SEF. 2009.

²² DONNEZ, J.&DOLSMANS, M-M. Fertility preservation in women. Nat. Rev. Endocrinol 2013 Dec;9(12):735-49.

²³ LOREN, A. W. *et al.*, Fertility preservation for patients with cancer: American Society of clinical oncology clinical practice guideline update. J Clin. Oncol. 2013 Jul 1; 31(19):2500-10.

Existen varias estrategias de preservación²⁴:

2.2.1 Actitud Expectante

Se puede no hacer nada, pero dada la efectividad de estas estrategias no es la opción más recomendable.

2.2.2 Protección médica gonadal

La supresión hormonal con análogos tiene una eficacia controvertida. Debe administrarse antes y durante toda la quimioterapia.

2.2.3 Trasposición ovárica

Consiste en fijar los ovarios, mediante laparoscopia, fuera del campo teórico de radiación, para evitar la exposición a la radioterapia pélvica. Está indicado en mujeres menores de 40 años y en cánceres cervicales en fases iniciales. Tiene la ventaja de que se podría aprovechar para criopreservar tejido ovárico. Consigue ser eficaz en el 90% de las pacientes²⁵.

2.2.4 Criopreservación de corteza/tejido ovárico

Consiste en la extracción y congelación de ovario, entero o su corteza con el objetivo de reimplantarlos, una vez superada la enfermedad. Es la técnica de elección cuando se precisa un tratamiento inmediato y cuando la estimulación está desaconsejada.

Es la técnica de elección en la infancia aunque no existe consenso en cuál es el límite de edad inferior. Sí que hay más acuerdo en cuanto al límite superior: 35 años.

¿Qué pasos hay que seguir en este caso? Primero se obtiene el tejido mediante laparoscopia, resecando toda la corteza o el ovario, se criopreserva y cuando se vaya a utilizar se descongelará e implantará a la paciente en su sitio, o fuera de él (se han publicado en varias localizaciones como la pelvis, antebrazo, ligamento ancho, etc.)

²⁴ LOBO, RA. Potential options for preservation of fertility in women. *N Engl J Med* 2005 Jul 7; 353(1): 64-73.

²⁵ BARAHMEH, S. *et al.* Ovarian transposition before pelvic irradiation: indications and functional outcome. *J Obstet Gynaecol Res*. 2013 nov; 39(11): 1533-7.

¿Cuánto tiempo tarda en restaurar la función ovárica? Se ha publicado que puede tardar en recuperarla entre 16-26 semanas²⁶.

En la siguiente tabla se resumen las ventajas y desventajas de esta técnica.

VENTAJAS	DESVENTAJAS
No precisa estimulación	Requiere de la realización de una laparoscopia
Puede realizarse prepúberes/sin pareja	Poca experiencia
Puede recuperar función ovárica	Posible reintroducción células tumorales
Permite gestación espontánea	

Tabla 1. Ventajas y desventajas de la preservación del tejido ovárico

La duración de la función del implante se sitúa en las publicaciones entre 9 meses y 7 años o aquellas que siguen funcionando.

Por otro lado, la conducta tras la reimplantación del tejido puede ser expectante o activa, es decir, iniciar una estimulación ovárica, ante el riesgo de que la funcionalidad del implante sea corta.

Hasta el momento se han publicado 30 nacimientos. Por eso por ahora se considera una técnica sólo experimental aunque han recuperado la función ovárica el 93% de las pacientes reimplantadas²⁷.

2.2.5 *Criopreservación de embriones*

Es la técnica más consolidada ya que la primera gestación tuvo lugar en 1983: y ya se han publicado más 200.000 nacimientos tras esta técnica²⁸.

Los resultados obstétricos son similares en fresco en pacientes no oncológicas, pues parece que la respuesta de las pacientes oncológicas a la estimulación es menor.

²⁶ MEIROW, D. *et al.* Ovarian tissue cryopreservation and transplantation: a realistic, effective technology for fertility preservation. *Methods Mol Biol* 2014; 1154: 455-73.

²⁷ DONNEZ, J. *et al.* Restoration of ovarian activity and pregnancy after transplantation of cryopreserved ovarian tissue: a review of 60 cases of reimplantation. *Fertil Steril* 2013 May; 99(6): 1503-13.

²⁸ OKTAY, K. *et al.* Efficiency of oocyte cryopreservation: a meta-analysis. *Fertil Steril* 2006 Jul;86(1): 70-80.

En todo caso puede no ser posible su utilización por distintas razones pues se precisa tener pareja en el momento del diagnóstico o utilizar una muestra de donante. Además requiere tiempo y la realización de una estimulación ovárica controlada mediante la administración de hormonas. Por otro lado no preserva la función ovárica. En cambio, no precisa laparoscopia, pero sí punción folicular.

Los resultados del uso de esta técnica dependen de la edad de la paciente (tasa éxito 31% en menores 35 años vs tasa 19% en 41 años), del número de embriones criopreservados y de su calidad.

Pero ¿cuántos embriones necesitamos para “asegurarnos la gestación”? Se considera que se deben generar unos 15 zigotos para tener un 80% de posibilidades de gestación.

2.2.6 Criopreservación de ovocitos

Consiste en la obtención de ovocitos maduros tras una estimulación ovárica controlada, para su congelación y posterior fertilización en laboratorio. Inicialmente planteó dificultades para su congelación. La primera gestación tuvo lugar en 1999. Tiene similares tasas de gestación y de recién nacido vivo que embriones congelados y no hay descrita más tasa de aborto ni de malformaciones²⁹.

Se estima que se precisan unos 20 ovocitos para tener un 80% de posibilidades de gestación. Por cada ciclo de estimulación se obtiene una media de 10 ovocitos. Pero la respuesta es menor en pacientes con enfermedades malignas. Ha de tenerse en cuenta en todo caso que puede demorar unos 15 días el comienzo de la quimioterapia. Para evitar los niveles suprafisiológicos de estrógenos obtenidos con las pautas habituales de estimulación, especialmente en pacientes con receptores de estrógenos positivos, se utilizan fármacos (inhibidores de la aromatasa) para minimizar esa elevación hormonal. La posibilidad de embarazo por ovocito descongelado es de un 4-6%³⁰.

Pero esta técnica también presenta desventajas, porque precisa de estimulación ovárica y de la realización de una punción folicular y además

²⁹ NOYES, N. *et al.* Over 900 oocyte cryopreservation babies born with no apparent increase in congenital anomalies. Reprod Biomed Online 2009 Jun; 18(6): 769-76.

³⁰ NOYES, N. *et al.* Oocyte cryopreservation as a fertility preservation measure for cancer patients. Reprod Biomed Online. 2011 Sep; 23(3): 323-33.

no hay grandes series de recién nacidos publicadas hasta momento. No obstante presenta igualmente ventajas: como que no precisa pareja en el momento de la estimulación, ni requiere de donante de semen. No genera problemas éticos como sí se pudieran ocasionar cuando lo que se congelan son ovocitos. No existe riesgo de metástasis ya que no reintroducimos tejido ni requiere realizar una laparoscopia como cuando reintroducimos el tejido ovárico criopreservado.

2.2.7 La ovoidonación

La ovoidonación, que consiste en la utilización de los gametos de otra paciente, es otra alternativa a tener en cuenta con las connotaciones éticas que conlleva. Pero es difícil aplicarlo en la Sanidad Pública.

2.2.8 Estrategias de futuro

En un futuro sería ideal poder calcular qué paciente quedará estéril y cuál no. También se podrían combinar técnicas: criopreservación tejido ovárico y posterior maduración in vitro de folículos primordiales. Se habla de la posibilidad de crear un ovario artificial o de la utilización de células madre. También se está investigando con quimioterapia no gonadotóxica y con la utilización de fármacos que prevengan de la pérdida folicular, etc.

2.3 Conclusiones

Como conclusión podríamos decir que existen muchas pacientes con cáncer y que tienen riesgo de fallo ovárico a consecuencia del tratamiento. Este hecho debería ser discutido con las pacientes antes de iniciar la quimioterapia y ofrecerles la posibilidad, en pacientes seleccionadas, de preservar su fertilidad ante la alta tasa de curación.

La técnica de primera elección en estas pacientes debería ser la vitrificación ovocitaria y la criopreservación de tejido ovárico en prepúberes.

3. FERTILIDAD SOCIAL

3.1 Definición

¿Pero qué es eso de la fertilidad social? Realmente no se sabe bien a qué se refiere exactamente este término. De forma que lo que les voy a exponer es cuál es en la actualidad la situación de la sociedad reproductiva.

Lo que está claro es que se está produciendo en la sociedad un retraso en la maternidad. Según la última publicación de este año del INE la edad en la que la mujer tiene su primer hijo es a los 31,6 años. El número medio de hijos es de 1,32. Los motivos que justifican tales tasas son de origen diverso:

- Laborales: la mujer ha entrado en el mercado laboral y busca también su *status* en el mismo.
- Estabilidad económica: se espera a tener cierta seguridad económica para la llegada de un hijo.
- Existe el pensamiento de que se puede postponer con tranquilidad la maternidad y por ello cada vez son más las mujeres que buscan preservar su fertilidad.

La edad límite para catalogar a una mujer de primípara añaosa ¿cuál es?: No existe una definición universal de “edad materna avanzada” o “mujer añaosa”. Hace unos años se situaba en los 35 años pero quizá ahora estemos hablando de más de los 40 años. Por poner un ejemplo curioso, la mujer que con mayor edad ha concebido de forma natural ha sido con 57 años y mediante técnicas de reproducción asistida con 70 años.

Por otra parte, ¿por qué desciende la fertilidad en las mujeres conforme avanza la edad?³¹. Porque tienen peor reserva ovárica, lo que se traduce en unos menores niveles de hormona antimülleriana y un menor recuento de folículos antrales ecográficamente. Además empeora la calidad ovocitaria: por lo que aumenta la tasa de aneuploidías en los embriones de estas mujeres y por lo tanto se incrementa la tasa de abortos. Y ya durante la gestación también hay más complicaciones como diabetes gestacional, hipertensión y alteraciones obstétricas como parto pretérmino, distocias de parto, tasa de cesárea, hemorragias postparto, etc.

3.2 Modelos de familia

Además existen otros modelos de familia en la sociedad actual que pueden buscar ayuda en la reproducción asistida. Así existen: Las formadas por parejas heterosexuales, o las segundas parejas en las que alguno puede tener realizada una vasectomía o ligadura tubárica o todavía

³¹ O. ARMIJO. Embarazo en mujer añaosa. Capítulo 141. Casos clínicos de Reproducción Asistida. Ed. Panamericana. 2014. pp. 459-461. ISBN 978-84-9835-817-9.

tenga embriones criopreservados. También hay parejas homosexuales: tanto femeninas como masculinas.

Las masculinas deben recurrir a la “subrogación uterina o vientre de alquiler”, cada día más demandado y que en nuestro país es ilegal.

Las parejas homosexuales femeninas podrán optar a varias opciones disponibles: la inseminación con semen de donante, la fecundación in vitro con semen de donante, también en ocasiones cuando la reserva ovárica de ambos miembros está muy afectada se opta por la adopción de embriones o la doble donación, es decir, reciben óvulos y semen de donante. Además existe una técnica que se denomina “ROPA” o recepción de óvulos de la pareja, es decir, una pone los óvulos y otra recibe el embrión fecundado con semen de donante. Es por tanto, un tipo de tratamiento que permite que ambas mujeres de la pareja jueguen un papel activo en la consecución del embarazo.

En cuanto a las mujeres solas tendrán que recurrir a ciclos con donantes de semen o donación de embriones. Las mujeres viudas podrán utilizar los embriones criopreservados propios, dentro de los 12 primeros meses al fallecimiento del cónyuge.

3.3 Motivos de preservación de la fertilidad

Otra cuestión que se plantea cada vez con más frecuencia en la medicina reproductiva es la preservación de la fertilidad. Existen múltiples motivos por los que alguien decide preservar su fertilidad: por la presencia de patología maligna pero también por patología no maligna: y que vaya a poder disminuir su reserva ovárica, como puede ser en el caso de una endometriosis severa: por su gran crecimiento o cirugías agresivas. También se plantea en las pacientes portadoras de mutación BRCA: por la cirugía profiláctica para evitar la aparición de un cáncer. En los casos de riesgo prematuro de fallo ovárico precoz (por los antecedentes familiares, síndrome de Turner, en casos de patología benigna que precise la administración de quimioterapia; artritis, lupus, etc., o bien por motivos o razones sociales.

Cada vez hay más mujeres que por su edad, deciden criopreservarse ovocitos, ya sea porque todavía no han encontrado con quién ser madre y deciden alcanzada una determinada edad congelar sus ovocitos o bien porque posponen su maternidad por motivos sociales o económicos:

buscando la estabilidad o el labrarse una carrera profesional, deciden postergar su maternidad.

Y para ello se podrán vitrificar embriones, ovocitos (que es lo más recomendable para evitar conflictos posteriores) y semen en el caso del varón, aunque la edad en la que declina la fertilidad del varón es más tardía y no está claramente definida, se habla que en torno a los 45-50 años comienza a declinar la fertilidad en el varón.

Por tanto la preservación fertilidad sin indicación médica ¿En qué consiste? Es una técnica destinada a conservar gametos femeninos (que es lo más frecuente) con fines reproductivos, para lo cual deben ser extraídos del ovario y criopreservados. Estaría indicada en mujeres con deseo de posponer su proyecto reproductivo sin indicación médica.

Se aconseja cuando todavía existe una adecuada reserva ovocitaria, antes de los 35-38 años es lo más recomendable. Podría ser necesaria la realización de varias estimulaciones ováricas para obtener un número de ovocitos adecuado para “asegurarse” el éxito posterior.

3.4 Subrogación uterina

Con respecto a la subrogación uterina de la que hemos hablado al indicar que es una forma de ser padres, cada vez más demandada en el colectivo gay, hay que indicar que no es legal en muchos países. Se debe firmar un contrato, y es muy caro. Además no es admitida en el mundo islámico, donde no está aprobado por las autoridades ni éticas ni religiosas.

3.5 Trasplante uterino³²

En la sociedad reproductiva cada vez se está hablando más de esta técnica novedosa. Está indicado en el factor uterino absoluto: considerado la última frontera a conquistar en la investigación de la esterilidad. Está en fase experimental.

El primer trasplante se realizó en el año 2000 y en 2014 se ha tenido conocimiento del primer nacimiento en Suecia de un niño tras trasplante uterino. Pero esta técnica que debería ser objeto de regulación, actualmente es un procedimiento que no está aprobado para su aplicación

³² DEL PRIORE *et al.*, Maturitas. Promise of uterine transplant-Myth or a reality? 2014 Jan;77(1):20-3.

clínica en España. Por otra parte se plantea otro inconveniente y es que la paciente precisa inmunosupresión durante la gestación.

3.6 Modelo “familia con deseo gestación múltiple”

Cambiando de tercio... en nuestra sociedad reproductiva cada vez hay más parejas que de forma voluntaria buscan el llamado modelo de “familia con deseo gestación múltiple”. Es decir, que ya que se someten a un ciclo de FIV, “pues mucho mejor si es de gemelos”, que “así me lo quito de encima de un solo embarazo”. Pero esto es un error.

Hay más complicaciones durante el embarazo y período neonatal: aborto, preeclampsia, prematuridad y necesidad de cuidados neonatales y postnatales: con el gasto que eso supone y las posibles secuelas en el desarrollo futuro de esos niños.

Y por tanto en parejas de buen pronóstico, jóvenes, se debe optar por la transferencia selectiva de un embrión.

4. BIBLIOGRAFÍA

ARMIJO, O. Embarazo en mujer aña. Capítulo 141. Casos clínicos de Reproducción Asistida. Ed. Panamericana. 2014. Pág. 459-461. ISBN 978-84-9835-817-9.

ASENSIO, M. *et al.* Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados 5 años de congelación. *Prog. Obstet. Ginecol.* 2001; 44: 199-204.

BARAHMEH, S. *et al.* Ovarian transposition before pelvic irradiation: indications and functional outcome. *J Obstet Gynaecol Res.* 2013 Nov; 39(11): 1533-7.

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, II Informe Abril, 2000. Accesible en <http://www.cnb.csic.es/~transimp/IIinformeCNRHA.pdf>

DEL PRIORE *et al.* Maturitas. Promise of uterine transplant - Myth or a reality? 2014 Jan; 77(1): 20-3.

Documento de Consenso Cáncer de Mama y Fertilidad. Sociedad Española de Senología y Patología Mamaria. SEGO y SEF. 2009.

DONNEZ, J. *et al.* Restoration of ovarian activity and pregnancy after transplantation of cryopreserved ovarian tissue: a review of 60 cases of reimplantation. *Fertil Steril* 2013 May; 99(6): 1503-13.

DONNEZ, J.&DOLSMANS, M-M. Fertility preservation in women. *Nat. Rev. Endocrinol* 2013 Dec; 9(12): 735-49.

FERRARETTI, AP. *et al.* ESHRE consensus on the definition of poor response to ovarian stimulation for in vitro fertilization: the Bologna Criteria. *Human Reprod.* 2011 Jul; 26(7): 1616-24.

GARCÍA FERNÁNDEZ, D. Adopción de embriones humanos en la Ley de Reproducción Asistida española. *Dereito*. 2008, vol. 17, núm. 2, pp. 49-63.

LI, Z., WANG, YA. *et al.* Clinical outcomes following cryopreservation of blastocysts by vitrification or slow freezing: a population-based cohort study *Hum Reprod.* 2014 Dec; 29(12): 2794-801.

LOBO, RA. Potential options for preservation of fertility in women. *N Engl J Med* 2005 Jul 7; 353(1): 64-73.

LOREN, A. W. *et al.* Fertility preservation for patients with cancer: American Society of clinical oncology clinical practice guideline update. *J Clin. Oncol.* 2013 Jul 1;31(19): 2500-10.

MATORRAS, R., HERNÁNDEZ, J., eds. Estudio y tratamiento de la pareja estéril: recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad. Madrid: Adalia, 2007.

MATTHEWS, ML. *et al.* Cancer, fertility preservation, and future pregnancy: a comprehensive review. *Obstet Gynecol Int.*; 2012: 953937.

MEIROW, D. *et al.* Ovarian tissue cryopreservation and transplantation: a realistic, effective technology for fertility preservation. *Methods Mol Biol* 2014; 1154: 455-73.

NOYES, N. *et al.* Oocyte cryopreservation as a fertility preservation measure for cancer patients. *Reprod Biomed Online.* 2011 Sep; 23(3): 323-33

NOYES, N., PORCU, E., BORINI, A. Over 900 oocyte cryopreservation babies born with no apparent increase in congenital anomalies. *Reprod Biomed Online* 2009 Jun; 18(6): 769-76.

OKTAY, K., CIL, AP., BANG, H. Efficiency of oocyte cryopreservation: a meta-analysis. *Fertil Steril* 2006 Jul; 86(1): 70-80.

REVEL, A. *et al.* Twin deliver following 12 years of human embryo cryopreservation: case report. *Human Reprod* 2004 feb; 19(2): 328-9.

Sociedad Española de Fertilidad (SEF) 2012, datos del Registro SEF, accesible en: <https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/>

THOMSON, AB. *et al.* Fertility and progeny. *Eur J Cancer* 2002 Aug; 38(12): 1634-44.

WENNERHOLM, UB. *et al.* Children born after cryopreservation of embryos or oocytes: a systematic review of outcome data. *Human Reprod* 2009 Sep; 24 (9): 2158-72.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE REFERENCIAS NORMATIVAS

- Ley 42/1988, de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 1988, núm. 314, pp. 36766-36767.
- Real Decreto 412/1996, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de Reproducción Humana de 1 de marzo núm.72, pp.11253-11256.
- Real Decreto n.º 413/1996, del 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. núm. 72, pp.11256-11260.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825-36830.
- Ley 45/2003, por la que se modifica la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Boletín Oficial del Estado, 22 de noviembre de 2003, núm. 280, páginas 41458 a 41463.
- Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 26 de mayo de 2006, núm. 126, pp.1-18.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica . BOE núm.159, de 4 de julio de 2007, páginas 28826 a 28848.
- Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Boletín Oficial del Estado, 6 de noviembre de 2014, núm. 269, pp. 91369-91382.

¿Es permisible tener un hijo para curar a otro?*

PABLO DE LORA

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid*

Resumen

El diagnóstico genético preimplantacional, junto con la determinación del tipaje HLA, es una técnica empleada para generar un individuo que pueda, mediante el uso de las células madre del cordón umbilical, o eventualmente de la médula ósea, ayudar a curar a otro. En este trabajo se analiza el mayor reparo ético que se ha esgrimido frente a esta práctica, la instrumentalización de la procreación, y se defiende bajo qué condiciones dicha objeción no es concluyente.

Abstract

Preimplantational genetic diagnosis along with HLA-typing is a technique employed in order to create an individual who might help his or her sibling to overcome a genetic illness by means of a stem-cells' transfusion. In this paper I assess what I deem as the most robust objection against the procedure –that it constitutes a form of hideous instrumentalization of procreation– and I argue that under certain conditions the objection is not conclusive.

* Las ideas desarrolladas en este trabajo fueron incitadas por la amable invitación cursada por Pilar Benavente y Esther Farnós para participar en el Curso de Verano de la Universidad Autónoma de Madrid “Treinta años de reproducción humana asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual”, celebrado los días 3 a 5 de septiembre de 2014. Agradezco a las anfitrionas, así como al público que asistió a la charla, sus comentarios pues me han servido para pensar mejor sobre los temas que elaboro en este ensayo.

Palabras clave

Diagnóstico Genético Preimplantacional, embriones, menores, mejores intereses, donación de órganos y tejidos, problema de la no-identidad.

Key words

Preimplantation Genetic Diagnosis, Embryos, Minors, Best Interests., Organ And Tissue Donation, Non-Identity Problem.

Sumario

1. Introducción: una historia personal.
2. Los «bebés-medicamento»: un breve recorrido sobre su regulación.
3. Las cuestiones éticas suscitadas.
 - 3.1 El argumento basado en *el sacrificio de embriones*.
 - 3.2 El argumento de *la pendiente resbaladiza*.
 - 3.3 El argumento de *la instrumentalización de la procreación*.
4. Principio de no-identidad y «bebés-medicamento».
5. A modo de recapitulación.
6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: UNA HISTORIA PERSONAL

A finales del año 2003, fui invitado a participar en una sesión del Comité de Ética de la Asistencia Sanitaria del *Hospital de la Princesa* en Madrid. Se trataba de responder al requerimiento hecho por el Dr. D. José María López-Terradas Covisa, Presidente del Comité Promotor de Ética de la Asistencia Sanitaria del *Hospital Niño Jesús* de Madrid, de disolver las dudas éticas que suscitaba el posible tratamiento a un paciente infantil en su hospital. El paciente en cuestión padecía una rara enfermedad –la adrenoleucodistrofia, una enfermedad hereditaria que impide al individuo metabolizar ciertas grasas lo cual genera una desmielinización con la correspondiente degeneración neuromotora– y lo que se planteaba era realizar un trasplante de células hematopoyéticas de un familiar histocompatible. De acuerdo con el Dr. Madero, jefe del servicio de Oncología y Trasplante Hematopoyético del *Hospital Infantil Universitario Niño Jesús*, la probabilidad de supervivencia del paciente sería de alrededor del 60%. Faltaba el familiar-donante, y lo que los padres del niño enfermo se proponían hacer era someterse a una fecundación *in vitro* (FIV) con posterior implantación de él o los embriones, que, libres de la enfermedad, fueran además histocompatibles con el que sería su hermano. Llevado a término el embarazo, se usarían las células hematopoyéticas del cordón umbilical para curarlo.

Con la normativa entonces vigente (fundamentalmente la Ley 35/1988 y la Ley 42/1988) había dudas sobre la licitud jurídica del procedimiento¹, pero la cuestión suscitada era fundamentalmente de naturaleza moral. Y lo era especialmente porque, de acuerdo con lo que se informó al Comité, en la *Fundación Jiménez Díaz*, donde se realizaría la FIV y

¹ ATIENZA, Manuel (2008, p. 6) ha sostenido que la legislación no proporcionaba amparo al DGP con análisis de la histocompatibilidad, pero yo sin embargo estimaba, y estimo, que sí cabía hacerlo. La razón principal es que tanto la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida como la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, permitían el diagnóstico genético prenatal para desaconsejar la transferencia para procrear (en cumplimiento, así, de lo previsto en los artículos 12.1 de la Ley 35/1988 y 8.2 de la Ley 42/1988) o la selección de sexo por razones terapéuticas (arts. 20.2.n de la Ley 35/1988 y 8.2.c de la Ley 42/1988). No había (ni hay) obligación ninguna de implantar ninguno de los embriones obtenidos (art. 2.4 de la Ley 35/1988), y entonces, como ahora, la legislación española en materia de aborto incluía una indicación embriopática de acuerdo con la cual a la mujer le estaba permitida la interrupción voluntaria del embarazo cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas. Dado ese elenco de posibles intervenciones sobre el embrión que llegan hasta el punto de poder eliminarlo, ¿cómo no iba a estar permitido determinar el antígeno leucocitario humano que posee?

posterior diagnóstico preimplantacional (DGP), preguntada la madre del paciente si se implantaría uno de los embriones obtenidos *caso de que no fuera histocompatible*, la respuesta fue inicialmente negativa. ¿No revelaría ello una instrumentalización moralmente injustificable del ser humano que se pretende crear?

En este trabajo me propongo, fundamentalmente, responder a esa pregunta. Para ello estructuro el ensayo del siguiente modo. En primer lugar expondré brevemente la historia del desarrollo de esta técnica, deteniéndome especialmente en los hitos regulativos y jurisprudenciales que la han jalonado, fundamentalmente el Reino Unido y los Estados Unidos. Seguidamente analizaré las tres grandes objeciones que se han esgrimido frente a su uso, la desprotección del embrión, el argumento de la pendiente resbaladiza –que en este ámbito en particular da lugar a *diferentes pendientes*– y la instrumentalización de la reproducción. Será sobre este último argumento sobre el que me detendré especialmente, lo cual me obligará a examinar una cuestión filosófica muy relevante y directamente conectada con dicho razonamiento: el conocido como «problema de la no-identidad». Al final del ensayo esbozaré algunas conclusiones.

2. LOS «BEBÉS-MEDICAMENTO»: UN BREVE RECORRIDO SOBRE SU REGULACIÓN

La técnica conocida vulgarmente como del «bebé-medicamento» (*savior sibling* en la literatura anglosajona²) fue empleada por primera vez en el año 2000 por el equipo del Doctor Verlinsky, del Instituto de Genética Reproductiva de Chicago en colaboración con el Centro de Medicina Reproductiva de Denver, para procurar un donante compatible con el que tratar la anemia de Fanconi padecida por la niña Molly Nash, nacida en 1994 (Verlinsky y Rechitsky, 2001). El uso de lo que hoy conocemos como DGP estaba documentado desde 1990 (Handyside *et. al.*, 1990)³ pero nunca antes se había utilizado tal procedimiento en combinación con el

² GOODWIN (2007, p. 358) utiliza la expresión «reproducción altruista».

³ El equipo de Handyside logró con ello el nacimiento de una mujer libre de fibrosis quística. El DGP consiste básicamente en la biopsia realizada en un embrión previa a su implantación en el útero. El modo de realizar la biopsia difiere, haciendo con ello más o menos controvertido el procedimiento. Así, la biopsia de cuerpo polar previa a la fecundación no afecta al futuro desarrollo del embrión, si bien no permite detectar las anomalías que puedan sucederse tras la fecundación, ni las que derivan del padre. Para ello se necesita realizar una biopsia de blastómero extrayendo una o dos células en el día 3 o 5 del desarrollo embrionario aumentando con ello el riesgo de daño en el embrión o en su evolución.

tipaje HLA como una alternativa terapéutica o salvadora de otro individuo⁴. Adam Nash nació en el año 2000 e inmediatamente después un equipo de la Universidad de Minnesota trasplantó las células del cordón umbilical a su hermana, que, a día de hoy, vive libre de la amenaza del trastorno con el que nació⁵.

Por esas mismas fechas, una familia británica, los Hashmi, se afanaban en encontrar un donante compatible para tratar la *betatalasemia* que padecía su hijo Zain. A la vista de su imposibilidad para encontrarlo se propusieron hacer lo mismo que los Nash en Estados Unidos⁶. En el Reino Unido, a diferencia de los Estados Unidos, una agencia gubernamental, la *Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)* tiene la competencia de autorizar la realización del DGP. En 2001, y tras un proceso de consulta pública, la *HFEA* había establecido que el DGP, junto con la determinación de la histocompatibilidad, solo cabía realizarse cuando había un riesgo significativo de que el embrión fuera a padecer una anomalía genética seria por ser los padres portadores del gen que la produce⁷. Bajo esas condiciones, e insistiendo en que su decisión siempre sería caso por caso, la *HFEA* concedió la autorización al centro de reproducción donde la familia Hashmi llevaría a cabo el procedimiento. Ello provocó una intensa batalla judicial, iniciada por diversos grupos británicos «pro-vida», que se saldó finalmente en 2005 con una decisión de la *House of Lords* a favor de la *HFEA*⁸.

Poco después de haber concedido autorización a los Hashmi, y en aplicación de las directrices descritas, la *HFEA* denegó la solicitud a Michelle y Jayson Whitaker, padres de Charlie, que sufría el raro trastorno

⁴ Sobre los detalles del procedimiento véase GITTER (2006, pp. 975-979).

⁵ Un testimonio familiar de primera mano puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=xkTOCzcaXmo> (última visita el 27 de febrero de 2015) y la muy documentada y conmovedora historia del caso en Belkin (2001).

⁶ Los Hashmi habían intentado procrear un hermano compatible por medios «naturales». En el primero de los intentos, el diagnóstico prenatal confirmó que el feto también padecía la betatalasemia con lo que la señora Hashmi interrumpió el embarazo. En el segundo intento nació un hijo sano pero incompatible (Gitter, 2006, pp. 991-992).

⁷ Además, el propósito debía ser solo el de obtener sangre del cordón umbilical –no otros tejidos u órganos– con el que trasplantar al hermano y no así a los padres; véase Gitter (2006, pp. 989-991).

⁸ *Quintavalle v. HFEA* [2005] UKHL 28. La decisión está disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050428/quint-1.htm> (última visita el 27 de febrero de 2015). Todo el recorrido del pleito está exhaustivamente narrado por Gitter (2006, pp. 993-1006) y Lisa CHERKASSKY (2015).

sanguíneo conocido como *Anemia de Diamond-Blackfan*. A diferencia del caso de los Hashmi, la patología sufrida por Charlie era el resultado de una mutación genética esporádica y no genéticamente heredada. Los embriones que resultarían de la fertilización *in vitro* y que serían eventualmente «diagnosticados» –con los consiguientes riesgos que ello conlleva en su futuro desarrollo– no tenían un riesgo significativo de padecer la enfermedad pues sus padres no eran portadores de mutación genética alguna⁹. Esta solución de no autorizar la técnica paga, con todo, el precio de incrementar el número de embriones que se habrán de sacrificar en el proceso de encontrar al donante libre de enfermedad cuando la patología es hereditaria, frente a supuestos, como el de los Whittaker, en el que a pesar de que el propósito fundamental es más claramente conseguir el hermano donante, y no un hijo libre de enfermedad, serán probablemente muchos menos los embriones descartables.

Un criterio semejante, –el de existir primariamente un propósito reproductivo¹⁰–, ha sido mantenido tanto por el Comité Nacional de Bioética de Francia, que abordó la cuestión en el año 2002, como por el Comité Internacional de Bioética de la Unesco¹¹. El comité francés recomendaba,

⁹ La decisión suscitó una enorme controversia y muchas críticas (SHELDON y WILKINSON, 2005; GITTER, 2006, p. 1008). La familia Whitaker decidió acudir al Instituto de Chicago donde se había llevado a cabo el tratamiento para Molly Nash, con el resultado exitoso del nacimiento de Jamie, histocompatible con su hermano Charlie, y de quien se extrajeron células del cordón umbilical y médula ósea con la que se curó a Charlie. Como resultado de esas críticas la HFEA modificó en 2004 su criterio para permitir la técnica a familias como los Whitaker siempre que se hayan agotado todas las alternativas terapéuticas y las búsquedas de un donante vivo compatible. La HFEA ha procedido a una catalogación de aquellas patologías respecto de las cuales autoriza el DGP, y, dentro de ese elenco, para aquellas (10) para las que también se permite el DGP+tipaje (alpha talasemia, anemia aplásica severa, beta talasemia, anemia diamond-blackfan, anemia de Fanconi, síndrome de Wiscott-Aldrich, entre otras; véase <http://guide.hfea.gov.uk/pgd/> (última visita el 27 de febrero de 2015). Junto a ello, la autoridad británica también da cuenta de aquellas patologías que, solicitadas por los centros de reproducción humana asistida como susceptibles de ser diagnosticadas pre-implantacionalmente, están a la espera de su consideración por el Licence Committee (véase <http://www.HFEA.gov.uk/7177.html>, última visita el 27 de febrero de 2015). En el año 2009 se culminó finalmente en el Reino Unido el primer DGP+tipaje HLA exitoso con el nacimiento de Baby Max de quien se han trasplantado células a su hermano Megan Matthews aquejado de *anemia de Fanconi*; véase [p://www.bionews.org.uk/page_84574.asp](http://www.bionews.org.uk/page_84574.asp) (última visita el 27 de febrero de 2015).

¹⁰ Se trata de una suerte de aplicación de la muy conocida y discutida en otros ámbitos, doctrina del «doble efecto».

¹¹ En el parágrafo 69 del informe se afirma: “El DGP con el único propósito del tipaje HLA y la selección de un embrión adecuado para la donación tras el nacimiento se considera

así, que el asesoramiento a los padres incluyera la información de que ninguno de los embriones pudiera finalmente cumplir los requisitos anhelados y de que, en todo caso, a estos habría de “asegúrarseles un destino reproductivo” (Abellán y Sánchez Caro, 2009, pp. 77-79). Otros países, significadamente Italia, Irlanda, Austria, Suiza y Alemania hasta muy recientemente, han sido absolutamente restrictivos de la técnica pues, para empezar, han prohibido directamente el DGP¹². En Estados Unidos, como en tantas otras materias relacionadas con la reproducción humana asistida, la desregulación es prácticamente absoluta con el resultado de que la realización de técnicas como la que vengo analizando queda en manos de los pacientes y los profesionales sanitarios¹³.

En España, el procedimiento se permitió expresamente con la reforma de la Ley de Reproducción Humana Asistida en el año 2006¹⁴ y su empleo está sometido a la previa autorización de la “autoridad sanitaria correspondiente previo informe favorable de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* (CNRHA), que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso” (art. 12.2, de la Ley 14/2006¹⁵).

éticamente incorrecto puesto que se instrumentaliza al embrión para beneficio de otros” (traducción propia); Report of the IBC on Pre-implantation Genetic Diagnosis and Germ-line Intervention, 24 de abril de 2003, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://portal.unesco.org/shs/en/files/2397/10554294261ReportfinalPGD_en.pdf/ReportfinalPGD_en.pdf (último acceso el 27 de febrero de 2015).

¹² Véase SOINI, 2007, pp. 319-321 y WILLIAMS, 2011, pp. 1324-1325. La Ley de protección del embrión de 1990 fue enmendada por el parlamento alemán en julio de 2011 para permitir el DGP. La decisión traía causa del fallo del Tribunal Constitucional que en 2010 había admitido el recurso de un ginecólogo condenado por la práctica de un aborto ilegal al haber realizado un DGP y no haber implantado los embriones que padecían la anomalía genética (TUFFS, 2011, p. 343).

¹³ Este estado de cosas es descrito por algunos autores como el «salvaje Oeste»; véase, por todos, WILLIAMS (2011).

¹⁴ En el año 2004 la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida emitió un informe en el que se mostraba favorable a la admisión de la práctica, fundamentalmente por no estar demostrada la posibilidad de quebranto psicológico del menor creado para salvar; véase ABELLÁN y SÁNCHEZ CARO, 2009, pp. 77-79.

¹⁵ Es interesante constatar que en el precepto se alude a la “determinación de los antígenos de histocompatibilidad... con fines terapéuticos para terceros...”, mientras que en la exposición de motivos de la Ley se alude a “familiares enfermos”. La cuestión no es baladí, como revela el hecho de que en Holanda se trató a un individuo con leucemia con las células del cordón umbilical proporcionadas por la hija (Devolder, 2005, p. 585).

Cuál sea la “autoridad sanitaria correspondiente” no queda determinado en la Ley y habrá que asumir, de acuerdo con el actual reparto competencial, que recae en las CC. AA. Véase la crítica perspectiva adoptada por Carlos LESMES en relación con este control (2006, p. 192).

El primer uso exitoso documentado fue el llevado a cabo por la Unidad de Genética, Reproducción y Medicina Fetal del *Hospital Virgen del Rocío* de Sevilla donde, en octubre de 2008, nació Javier cuyo hermano (Andrés) padecía de *betatalasemia* y fue tratado con las células del cordón umbilical del primero. Desde entonces se han dado tres casos más: dos niñas gemelas que nacieron en 2011 en el IVI de Barcelona, siendo el objetivo el tratamiento de la *adrenoleucodistrofia* que padecía un hermano, y otro también del *Virgen de Rocío* de Sevilla, en 2012, para el tratamiento de una aplasia medular severa¹⁶. Desafortunadamente, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, así como el Comité de Bioética de España, mantienen sobre esta materia –como sobre otras muchas– una absoluta falta de transparencia y de información en cuanto a la actividad desarrollada, datos y estadísticas. Así como en el Reino Unido, la *HFEA* pone a disposición de cualquier investigador o ciudadano los criterios que se siguen y cómo se van autorizando los procedimientos y las enfermedades que pasan a engrosar la lista de las circunstancias que permiten la realización de la técnica (vid., *supra*), en España reina la opacidad más absoluta. Basta simplemente con echar un vistazo a la información que proporciona la *HFEA* en su página web y contrastarla con lo que proporcionan las webs de las comisiones españolas mencionadas.

3. LAS CUESTIONES ÉTICAS SUSCITADAS

Manuel Atienza, que durante años fue precisamente miembro de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, ha señalado que oponerse al uso del DGP con tipaje HLA con el propósito de curar a un hermano ya nacido “... resulta, simplemente, irracional, por no decir cruel y absurdo...” (2008, p. 6). A pesar de la rotundidad de su juicio, lo cierto es, sin embargo, que la utilización de esta técnica suscita genuinos dilemas éticos y que explorarlos resulta inexcusable¹⁷. A ello me dirijo a continuación.

Me parece que las objeciones más poderosas esgrimidas frente al procedimiento son esencialmente tres: el sacrificio de embriones, la

¹⁶ La información la proporciona NICOLÁS JOUVE DE LA BARREDA: “Los «bebés-medicamento». Problemas técnicos y alternativa ética”, disponible en http://www.paginasdigital.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=2767&te=20&idage=5323) y “Bebé medicamento”, en la siguiente dirección electrónica: [http://www.vidacord.es/experto/bebe-medicamento_\(última visita el 30 de agosto de 2014\).](http://www.vidacord.es/experto/bebe-medicamento_(última visita el 30 de agosto de 2014).)

¹⁷ Una interesante revisión bibliográfica sobre el argumentario, a favor y en contra del procedimiento, en revistas de bioética y biomedicina, es la que han hecho Pablo Arango RESTREPO, *et al.* (Pedro José Sánchez Abad y Luis Miguel Pastor, 2012).

pendiente resbaladiza y la instrumentalización del hecho procreativo¹⁸. Procederé a analizarlas en ese orden.

3.1 El argumento basado en el sacrificio de embriones

Quienes se oponen a la práctica denuncian, en primer lugar, el sacrificio de los embriones –los que no tienen las características deseadas– que supone. En puridad, con este argumento lo que se cuestiona es directamente el DGP, más allá de que se realice o no la determinación de la histocompatibilidad. Uno de los más caracterizados defensores de esta posición, Jesús-María Silva Sánchez, ha afirmado que el DGP no es un procedimiento ni diagnóstico ni terapéutico sino eugenésico y que el deseo de tener hijos sanos no es un bien jurídico constitucional que pueda triunfar sobre el bien jurídico de la vida embrionaria¹⁹. En lo que sigue no me detendré en esta primera objeción, que nos obliga, en definitiva, a entrar en la discusión acerca del estatuto moral del embrión humano, y que, de resultar atendible, no solo impediría el DGP y el análisis de la histocompatibilidad del embrión, sino, directamente, la decisión de no implantar (y por supuesto la interrupción voluntaria del embarazo en aplicación de la indicación embriopática).

3.2 El argumento de la pendiente resbaladiza

La segunda de las objeciones es una censura muy familiar en el ámbito de la discusión bioética, tal vez la estrategia argumentativa estrella: la pendiente resbaladiza. La idea es bien conocida: abierta la espita de la posibilidad de seleccionar el embrión libre de una enfermedad grave, nos encaminaremos irremisiblemente a permitir la selección de características que ya no son la ausencia de determinada patología –ni siquiera su probabilidad, más o menos alta, de ser padecida– sino aspectos triviales del ser humano como determinados rasgos físicos, aptitudes, capacidades o tendencias de carácter²⁰.

¹⁸ No niego que haya otras, significadamente la elevación del nivel de riesgos para la madre gestante, pero me parece que su mordiente es mucho menor en la medida en que se trata de riesgos consentidos que admitimos rutinariamente en embarazos «convencionales».

¹⁹ 2004, pp. 140-142, 148, 150-151. En la misma línea Collazo Chao (2010, p. 236) y Díaz de Terán Velasco (2004, pp. 32-40). En ese sentido, el DGP no “beneficia” al niño o niña que nace libre de una enfermedad haciendo que deje de padecerla, pues no padecerla es, en realidad, “ser otro”; véase Overall, 2012 e infra la discusión sobre el «principio de no-identidad».

²⁰ A día de hoy la gran mayoría de esas características no son determinables en el embrión, pero, de acuerdo con el argumento, si fueran a poder ser identificadas se tendrá que permitir

Resulta interesante señalar que en el contexto de la discusión sobre la reproducción para la salvación de otro, la pendiente resbaladiza se esgrime también en otro sentido distinto al que acabo de mencionar: además de que permitiremos bebés-salvadores para tratar patologías menos graves, ocurrirá que, una vez que hemos creado al bebé-salvador, la instrumentalización de la procreación salvadora será incesante: no habrá freno a las intervenciones corporales que sirvan para la curación del hermano. Habremos autorizado inicialmente el procedimiento con vistas a la realización de un trasplante –el de células del cordón umbilical²¹– pero eventualmente, y, ante el fracaso de dicho trasplante, necesitaremos obtener médula ósea e incluso la extracción de un órgano²².

De otra parte, la instrumentalización odiosa podría también adelantarse, es decir, practicarse en estadios más tempranos del desarrollo del individuo, pues si el objetivo que anida tras la fecundación *in vitro* con diagnóstico preimplantacional es exclusivamente disponer de progenitores hematopoyéticos compatibles: ¿para qué esperar al nacimiento si pudiera procederse a la obtención de las células, tejidos u órganos que se precisen en la fase fetal y provocar subsiguientemente un aborto²³?

tal selección y discriminación embrionaria una vez que hemos empezado a rodar por la pendiente del principio de no-identidad «bebé-medicamento».

²¹ Es cierto que la extracción de esas células del cordón umbilical –normalmente desechado– apenas sí tiene consecuencias físicas para el que nacerá. Así y todo, el procedimiento aumenta significativamente algunos riesgos para el que se espera sea donante: en primer lugar la transferencia múltiple de embriones aumenta el riesgo de embarazo múltiple, la prematuridad, etc. En segundo lugar, por mor de la obtención del mayor volumen y calidad de la sangre se prolongan los esfuerzos para lograr un parto vaginal con el consiguiente incremento de riesgo de sufrimiento fetal (así CHERKASSKY, 2015). De hecho así ocurrió en el caso del parto de Adam Nash que se prolongó más de 52 horas aunque finalmente el nacimiento se produjo por cesárea (véase BELKIN, 2001). El cordón umbilical se “clampa” inmediatamente y se realizan otras maniobras durante el parto con las que incrementar el volumen de sangre placentaria (GITTER, 2006, p. 1022, nota 269; WILLIAMS, 2011, pp. 1317-1318). Para la madre todo ello comporta igualmente riesgos y daños pero son justificados éticamente en la medida en que sean consentidos de manera informada.

²² En esta escalada reside la fuerza normativa de la novela del autor Jodi Picoult (*My Sister's Keeper*, 2004) que tanta difusión ha dado al procedimiento. El subsiguiente giro de tuerca en la instrumentalización es la creación de «clones» que sirven como repositorio de órganos para el clonado. Este es el argumento de la, también aclamada, novela de Kazuo Ishiguro: *Never let me go* (2005).

²³ El escenario es, solo hasta cierto punto, de ciencia ficción. En el caso de los Nash, y tal y como relata BELKIN (2001), dada la premura por trasplantar a la hermana enferma, los médicos se llegaron a plantear abortar a Adam, cuando la gestación se encontraba ya muy

Es necesario recordar, en primer lugar, que el argumento de la pendiente resbaladiza tiene una versión lógica y otra de carácter empírico. No estamos ante el primer supuesto en este ámbito, es decir, quienes esgrimen el argumento no están apelando a una consecuencia lógica necesaria resultado de haber asumido determinadas premisas. Uno puede, sin tacha de haber cometido falacia alguna, defender la posibilidad de crear un hermano salvador para utilizar las células madre del cordón umbilical y al tiempo considerar impermisible tanto el uso de esa técnica para tratar patologías menores, cuanto las ulteriores intervenciones corporales que resultaran mucho más invasivas para el menor. Lo veremos con mayor detenimiento en el epígrafe 4.

En realidad, la pendiente resbaladiza se esgrime contra la técnica del DGP+HLA como una conjetura sobre la ocurrencia de determinados hechos. Es, por tanto, una predicción que, como cualquier otra predicción con pretensiones de plausibilidad, habrá de estar apoyada en alguna relación de causalidad, o en tendencias probabilísticas, que permitan tenerla por algo más que por una mera especulación. Y la realidad es que, al menos en la literatura especializada sobre esta materia, tales sustentos no se ofrecen. Las instrumentalizaciones que presagian quienes enarbolan la pendiente resbaladiza no son consustanciales a la FIV y posterior DGP, y, obviamente, no resultan jurídicamente «inevitables». Algunas de esas posibilidades están, de hecho, ya bloqueadas por las normas jurídicas vigentes o por las interpretaciones jurisprudenciales dominantes, o, al menos, están fuertemente limitadas.

En efecto, la legislación española, por ejemplo, impide expresamente en el artículo 8.1.a) del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, la donación de órganos *de vivo* por parte de menores²⁴. En cuanto a la médula ósea, en España su extracción en menores estaba expresamente autorizada en el artículo 7.2 del Real Decreto 411/1996, donde se establecía que los menores podían donar: “... para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus

avanzada, y usar las células hepáticas fetales.

²⁴ Pese a esa previsión categórica, en el año 2007, en un expediente de jurisdicción voluntaria, la jueza del Juzgado número 17 de Primera Instancia de Sevilla autorizó la realización de un trasplante de segmento hepático de una madre menor de edad en favor de la hija. El expediente para ello fue la aplicación analógica del procedimiento previsto en la esterilización de incapaces, que ha de contar con la autorización judicial previa intervención del Ministerio Fiscal y de peritos; véase el Auto de 18 de octubre de 2007 (número de recurso 984/2007).

padres o tutores”²⁵. Pues bien, este Decreto fue posteriormente derogado por el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, en cuyo artículo 7.1 se dispone que: “No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacidad legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal”. Este Real Decreto, sin embargo, ha sido recientemente declarado nulo por insuficiencia de rango por el Tribunal Supremo en Sentencia 2253/2014 de 30 de mayo²⁶. A la vista de esta situación, y teniendo en cuenta el efecto anulatorio producido, el artículo 7.2, del Decreto de 1996 debe ser tenido como nuevamente aplicable²⁷. De otro lado está en vigor el Convenio de Oviedo en cuyo artículo 20.2 se dispone que: “De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la Ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

- i) Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento.
- ii) Si el receptor es hermano o hermana del donante.
- iii) Si la donación es para preservar la vida del receptor.
- iv) Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente”²⁸.

²⁵ Además, señalaba el precepto, el menor debía ser oído de acuerdo con el artículo 9.1. de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

²⁶ La cuestión que suscitó el recurso no era esta sino la muy contestada regulación que se hacía en el Decreto de los bancos privados de sangre de cordón umbilical. El Tribunal Supremo considera en su sentencia que, en la medida en que el objeto de dicha normativa afecta esencialmente al derecho a la protección de la salud, el instrumento normativo no podía ser el Decreto sino la Ley.

²⁷ El artículo 2.2 del *Código Civil* descarta el efecto llamado de «reviviscencia» de las normas al establecer que: “Por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que esta hubiera derogado”. En este caso, sin embargo, no se ha producido una derogación sino una anulación de la norma.

²⁸ El alcance, con todo, de los preceptos es distinto si tenemos en cuenta los posibles

En Gran Bretaña, sin embargo, y a pesar de que la *Human Tissue Act*, de 2004, no autoriza expresamente la extracción de médula ósea (sí el almacenamiento y uso) de menores, el *common law* sí parece amparar tal posibilidad (Cherkassky, 2015). La idea, expresada en el caso *Re G* (2010) es que los intereses del menor cuya médula va a ser extraída no se circunscriben a sus mejores intereses *médicos*, sino que deben ser tomados de una manera más “holística” para incluir los intereses ajenos, los del hermano o hermana, pues su salvación va en su propio interés. En las propias palabras del tribunal: “... el término “intereses” en la proposición “mejores intereses” no se confina al auto-interés, o, por decirlo de otro modo, un tribunal podría concluir en un caso concreto que va en los intereses de P que P actúe altruistamente”²⁹. Sin embargo, y como ha señalado Cherkassky, en el caso de que el hermano-salvador sea muy pequeño y aún no haya tenido ocasión de tratar relación con su hermano, cuando no es siquiera posible que sea consciente de su potencial pérdida, una aplicación de esa concepción del test de los mejores intereses resulta una pura ficción que desplaza directamente del centro de la consideración prioritaria los intereses del menor afectado para imponer los de los progenitores o los del hermano mayor. Cabría, si acaso, pensar que los intereses en ser altruista del menor tienen naturaleza prospectiva, es decir, cuando los jueces autorizan la extracción bajo el expediente de que con ello se satisfacen los intereses del menor conjeturan que, en el futuro, una vez que el donante puede ser consciente de la ayuda que se le ha forzado a prestar, juzgará que esa extracción lo ha sido en sus mejores intereses y agradecerá haber sido “sacrificado”³⁰. Y, finalmente, también cabría defender que *siempre* va en los mejores intereses de alguien que un familiar muy cercano necesitado del trasplante no fallezca, y, en esa medida, que el sacrificio corporal debe compensar. Es el fundamento de la icónica sentencia estadounidense *Strunk v. Strunk*³¹ en la que la Corte de Apelaciones del Estado de Kentucky autoriza, a petición de los padres,

beneficiarios del trasplante. Así como el Decreto del 96 hace referencia a la necesidad de una “relación genética entre donante y receptor”, el Convenio de Oviedo, de modo más estricto, alude a los hermanos o hermanas. En la medida en que el Convenio de Oviedo es posterior (fue ratificado mediante Instrumento de 5 de octubre de 1999, y en BOE de 20 de octubre), entiendo que debe ser este el criterio que prevalezca. Sobre la historia legislativa reciente del trasplante en menores véase ASENSIO SÁNCHEZ (2012, pp. 136-147).

²⁹ La cita la he tomado de CHERKASSKY (2015). De acuerdo con la autora, a partir de semejante doctrina la extracción de riñón sería igualmente posible.

³⁰ En cualquier caso ya será demasiado tarde para el arrepentimiento, para no brindar la ayuda de acuerdo con el propio juicio sobre los mejores intereses.

³¹ 445 S. W. 2d 145 (Ky. 1969).

la extracción del riñón de un adulto incompetente para que sea trasplantado a su hermano enfermo. En supuestos como el de *Strunk*, sin embargo, se ha abandonado ya la nave de una concepción «subjetiva» de los mejores intereses para adentrarnos en su caracterización como intereses «objetivos». De hecho, *Strunk* es una instancia clásica de un modelo de resolución de estos supuestos basado en el “consentimiento por representación” (*substituted judgment*) y no así en el criterio de los «mejores intereses». En contraposición a *Strunk*, en el caso *Curran v. Bosze*³² la Corte Suprema de Illinois consideró que, para autorizar la donación requerida de médula del menor, y en aplicación de sus mejores intereses, tenían que darse simultáneamente las condiciones: a) consentimiento informado de los padres; b) el apoyo emocional al menor donante y c) la existencia de una relación cercana entre donante y receptor. No concurriendo en ese supuesto ni a) ni c) la Corte negó la autorización.

3.3 El argumento de la *instrumentalización de la procreación*

El eje en torno al que se articulan los mayores reparos éticos es el de que el DGP+tipaje HLA supone una instrumentalización de la acción procreativa. Recordemos que esa era una de las objeciones fundamentales esgrimidas en el dictamen del Comité Internacional de Bioética de la Unesco al que aludí anteriormente. Recuérdese también que una manera de valorar que tal instrumentalización no se da consiste en exigir que la razón para pretender el uso de la técnica sea, en primer lugar, que el menor que va a actuar como eventual salvador no padezca una enfermedad que es muy probable que pueda sufrir.

A primera vista uno puede pensar que, dadas las expectativas, el daño para el nacido consiste en ser considerado una suerte de promesa frustrada, un «ser decepcionante» caso de no resultar finalmente exitosa la estrategia que animó su concepción³³. Ese daño es contingente, por supuesto, y, de hecho, si resultara lo contrario, esto es, que su llegada al mundo hubiera servido para curar al hermano, al beneficio (presunto) de haber llegado a existir se añadiría el de haber sido un salvador.

³² 566 N. E. 2d. 1319 (Ill. 1990). En este supuesto se trataba de la petición de un padre para que el hermanastro, que vivía con la madre, de su hijo de doce años que sufría de leucemia, fuera testado para comprobar la compatibilidad entre ambos, a lo cual la madre se negaba.

³³ En esa línea OVERALL (2012). Ese “daño psicológico” está además ayuno de contrastación empírica alguna siquiera sea por el hecho de que nos enfrentamos a un proceder muy novedoso y, en términos cuantitativos, marginal.

El argumento de la instrumentalización, sin embargo, es más radical pues prescinde de esa contingencia; la idea de que un ser humano ha sido generado para salvar a otro es, para muchos, una vulneración del imperativo categórico kantiano. Una de las más conspicuas defensoras de este argumento, Christine Overall (2012), lo expresa del siguiente modo:

“Uno no comenzaría una relación de ningún tipo con un extraño con la expectativa –y menos aún la demanda– de que le done sangre o médula ósea. Y eso es exactamente lo que sucede en el caso de los «bebés-medicamento». La relación familiar –entre los padres y el niño, y también entre este y su hermano enfermo– da comienzo con la exigencia de que el nuevo miembro de la familia sirva al resto. Si esta exigencia no es aceptable en el desarrollo de una amistad con un adulto, no veo cómo puede ser aceptable en el desarrollo de una relación con el recién nacido”.

Lo cierto es que, como se ha señalado reiteradamente, lo que prohíbe la doctrina kantiana es tratar a otro meramente como un medio, lo cual no ocurre necesariamente en el caso del uso del DGP+tipaje HLA, aunque la creación haya venido motivada por la curación del hermano³⁴. Y es que toda acción reproductiva es en alguna medida instrumental, es decir, nadie se reproduce *per se* sino siempre para algo, como la propia Christine Overall reconoce. La razón es tan simple como que nadie preexiste a su propia concepción, con lo cual no se puede afirmar un “interés en nacer” o en “no nacer”³⁵.

Pensemos por un momento en la analogía que nos propone Overall entre la amistad y la procreación. ¿Es acertada? Para empezar se centra sólo en el supuesto en el que la *amistad* se forja con el único propósito de servirse del amigo, es decir, cuando el hermano salvador no ha sido «elegido» para no padecer enfermedad alguna. Por otro lado, la analogía olvida que, incluso si la relación paterno-filial se puede asemejar a la amistad³⁶, en el ámbito reproductivo los padres generan la relación creando al tiempo al sujeto con el que mantendrán dicha relación, y este es un elemento crucial que de hecho hace de esa *amistad* algo

³⁴ Véase, por todos, LAI (2011, pp. 265-266) y ATIENZA (2008, p. 6).

³⁵ De ahí el célebre chiste de judíos: “A la vista de lo dura que es la vida, la muerte no es tan mala. De hecho, pienso a veces que habría sido mejor no haber llegado a nacer”. “Es verdad –replica el amigo– pero, ¿quién tiene esa suerte? Ni uno entre mil”.

³⁶ Cosa que, por no darse el elemento de la reciprocidad, negarían Adam SWIFT y Harry BRIGHOUSE (2006, 81-83, 95).

radicalmente instrumental. En ese sentido, pensemos en el conjunto de motivos que pueden tener los individuos para crear a otro ser humano: desde la satisfacción de un impulso, que muchos juzgan *natural*, de ser padres, hasta brindar al hijo o hija que ya existe un “hermanito o hermanita” con el que compartir juegos, pasando por la salvación del matrimonio. Si esto es así: ¿cómo no va a ser legítimo hacerlo con el propósito de curar a quien será hermano? ¿No es lo que, también apelando a lo “natural”, se supone que un buen padre o madre siempre haría y habría de hacer por la vida de su hijo enfermo³⁷?

La respuesta de Overall (2012) ha sido doble. En primer lugar ha señalado que apelar a que ya existen otras instrumentalizaciones de la reproducción no es un argumento concluyente: uno podría negar la mayor, es decir, objetar también a esas otras procreaciones instrumentales. El problema de esta respuesta es que, como ya he señalado, en un sentido relevante reproducirse tiene un componente instrumental ineludible cuya única forma de sortear es abstenerse de reproducirse: en el límite se tienen hijos para ser padres o madres³⁸.

De otro lado, Overall ha cuestionado que la salvación de la vida de un menor tenga tanto peso como presuponen implícitamente, o abiertamente defienden, los defensores de la técnica. ¿Acaso no hay límites a la procreación salvadora? Si la razón de salvar a otro es tan importante, ¿cabría adoptar a un menor compatible para salvar al que será su hermano o hermana? ¿Y por qué limitarnos a las acciones salvadoras de los hermanos? ¿Por qué no a cualquiera que necesitara las células madre del cordón umbilical, o un trasplante de médula o de un riñón, como anteriormente se apuntaba? Y es que intuitivamente nos rechinaría una procreación destinada a acrecentar los bancos de células madre procedentes del cordón umbilical para ser usados por cualesquiera pacientes que las precisen, o establecer una obligación general de ser donantes de riñón.

Las críticas de Christine Overall al procedimiento de los *savior-siblings* nos enfrentan, en última instancia, con las vidriosas preguntas de qué buenas razones podemos tener para tener hijos, si cabe su control y qué alcance tiene el derecho de reproducirse; cuáles son los criterios de

³⁷ Véase, en este sentido, el análisis que desarrollan STRONG, KERRIDGE y LITTLE (2014) a partir de un estudio cualitativo de las actitudes de los profesionales sanitarios, padres y madres que se han visto involucrados en el procedimiento.

³⁸ Así, BOONIN, 2014, p. 145. Es a DAVID BENATAR (2006) a quien se debe la defensa más elaborada y sugerente de la tesis de que *procrear es siempre un mal*.

corrección moral en la relación paterno o materno-filial, y, en última instancia, cuáles son los límites del derecho a la integridad corporal cuando está en juego la vida ajena. El siguiente epígrafe está destinado a tratar de responder, siquiera sea parcialmente, a esos desafíos.

4. PRINCIPIO DE NO-IDENTIDAD Y «BEBÉS-MEDICAMENTO»

Una visión tendente a dar pábulo a usos muy amplios, prácticamente ilimitados, de la libertad procreativa para generar «bebés-salvadores» podría justificarse en el argumento de que de no haber sido por esa necesidad de curación al hermano, no se habría llegado a nacer, el tipo de justificación que célebremente puso en circulación Derek Parfit (1982)³⁹. Repárese en la siguiente tabla donde se muestran las hipotéticas elecciones a las que se podrían enfrentar los progenitores, un cuadro que nos servirá de guía para la discusión que sigue:

	PABLO	PILAR	ESTHER	LIMBO
ANEMIA DE FANCONI	Sí	No	No	

Para empezar hay que distinguir, como hace Parfit, entre aquellas decisiones procreativas que involucran al mismo número de individuos (*same number choices*), frente a aquellas que implican crear un número distinto de individuos (*different number choices*).

Ese primer supuesto se representa en el cuadro por la decisión de si implantarse alguno de los tres embriones –Pablo, Pilar o Esther– que ha logrado generar la pareja y que reúne una de las características más relevantes a los efectos de nuestro análisis. En general, más allá de la existencia previa del hermano enfermo, diremos que si se puede escoger la procreación de un individuo que padecerá anemia de Fanconi frente a un individuo que no la padecerá debemos hacer lo segundo. Supongamos, sin embargo, que se decide tener a Pablo⁴⁰. ¿Qué hay de malo en haberlo

³⁹ Es el que se conoce en la literatura filosófico-moral como «problema de la no-identidad» cuyo más exhaustivo e iluminador tratamiento se encuentra en la obra del mismo autor Reasons and Persons (1984). De la ingente literatura que el problema ha generado, véase por todos el recientemente trabajo de DAVID BOONIN (2014). Modestamente me he ocupado de la cuestión en un trabajo anterior (2006) al que me permito remitirme.

⁴⁰ El ejemplo es, solo hasta cierto punto, de laboratorio: en el año 2002, como es sabido, la pareja de lesbianas sordas formada por Sharon Duchesneau y Candy McCullough se las

hecho? Imaginemos que Pablo reprocha en el futuro a sus padres esa decisión. Los padres dispondrían de una respuesta contundente: “haber decidido de otra forma habría supuesto que no llegaras a nacer, que lo hicieran Pilar o Esther”, podrían decir. Implícitamente se está asumiendo que con la elección de Pablo no se ha producido ningún daño, que nadie se ha visto afectado negativamente por la procreación de Pablo, mucho menos él que gracias a la decisión de sus padres de implantarle goza del beneficio de la existencia.

Para mantener la incorrección moral de la decisión caben, a mi juicio, dos alternativas: o bien entender que una visión más esclarecida de la situación nos permite ver que sí hay algún perjudicado, o bien considerar que el carácter moralmente reprochable de la decisión no se circunscribe a las acciones que afectan intereses. En un supuesto como el de la procreación de Pablo, lo malo de esa elección radica en que un mundo en el que existe Pablo es peor que un mundo en el que existen Pilar o Esther⁴¹, incluso si no podemos decir que Pilar o Esther se han visto “dañadas” (por la sencilla razón de que como embriones o seres potenciales no tienen intereses). El problema de esta respuesta es que, de acuerdo con esa lógica (la lógica que implica una concepción “consecuencialista” o “impersonal” de la ética⁴²), también habría de ser peor un mundo en el que no llega a existir una persona –el espacio que he dejado en blanco en el cuadro, si bien, a efectos de claridad expositiva denomino “Limbo” a esa decisión– frente a un mundo en el que sí llega a existir. Es este el supuesto que Parfit denomina de “elección de distinto número” (*different number choices*). Afirmar que, en la elección entre Limbo y Pablo o Esther o Pilar, debemos siempre escoger la procreación entra en conflicto con nuestra muy arraigada creencia en que reproducirse no constituye una obligación sino una acción permitida⁴³. La alternativa para censurar la procreación de Pablo, como antes apuntaba, consistiría

ingenió para concebir un hijo sordo, Gauvin. Véase L. MUNDY: “A world of their own”, *The Washington Post*, 31 de marzo de 2002, W22.

⁴¹ Véase, así, STUART RACHELS (1998). En *On Liberty*, MILL afirmó que era un crimen: “[t]raer al mundo a un niño sin una perspectiva razonable de ser capaz, no solo de proveer nutrición para su cuerpo, sino instrucción y entrenamiento para su mente” (1992, p. 174).

⁴² BOONIN, 2014, p. 150.

⁴³ Si, en cambio, sí pensamos que está prohibido reproducirse caso de que sepamos que aquel a quien traeremos al mundo va a tener una vida desgraciada, estamos asumiendo una asimetría consistente en decir que, así como tenemos la obligación de evitar un mal, no tenemos el deber de producir un beneficio (consistente en traer al mundo seres que serán básicamente dichosos). Una autorizada defensa de esta tesis es la de Eduardo RIVERA (2009).

en señalar que en su caso, siendo afectado por una enfermedad como la anemia de Fanconi, su vida sí constituye un daño. La inmoralidad de estas reproducciones, con todo, se circunscribe a aquellos supuestos en los que quepa decir que el padecimiento es tan grave que habría sido mejor no haber llegado a nacer⁴⁴. Qué casos sean estos es, obviamente, algo que dista de ser pacífico, si bien sí cabría señalar algunas patologías incurables (Lesch-Nyhan, Tay-Sachs, entre otras).

Una vez trazado el campo de juego de la discusión filosófica en torno al problema de la no-identidad, volvamos a nuestro ámbito de la procreación de bebés-salvadores, y para ello enriquezcamos nuestra tabla con el dato de la histocompatibilidad:

	PABLO	PILAR	ESTHER	LIMBO
ANEMIA DE FANCONI	Sí	No	No	
HISTOCOMPATIBLE	No	Sí	No	

He señalado que implantar a Pablo es siempre moralmente incorrecto, incluso frente a la alternativa Limbo. Descartado Pablo, la cuestión que se suscita entonces es si los padres podrían elegir a Esther frente a Pilar. *Ceteris paribus*, resulta una opción moralmente implausible, pues en un supuesto semejante es el hermano que ya está enfermo el que sí podría reprochar el daño –por omisión de un tratamiento posible– que le ha supuesto que llegara a nacer Esther y no Pilar. Ahora bien, si esto es así, la pregunta que se nos plantea es si, entonces, los padres de un niño enfermo de anemia de Fanconi tienen no ya la posibilidad sino *la obligación* de someterse a la técnica DGP+tipaje HLA, es decir, que en la tesitura de Pilar o Limbo, no puedan escoger Limbo. ¿No supondría ese deber una intromisión excesiva en el ámbito de su libertad reproductiva, en sus planes de vida? En la tesis de Christine Overall, y de tantas otras, lejos de constituir una obligación, estamos ante una decisión moralmente prohibida por instrumentalizadora: es precisamente Limbo la elección que ha de hacerse.

Fijémonos, con todo, en una consecuencia aparentemente muy perturbadora de este planteamiento: sentado que Pilar es preferible a Esther –que la elección entre ambas no es moralmente irrelevante–, pero

⁴⁴ Supuestos que justificarían las conocidas como “reclamaciones por *wrongful life*” que, en España, no han sido de momento acogidas por los tribunales; véase sobre este punto ANDREA MACÍA (2011, 2005).

que Esther y Limbo son moralmente equivalentes –que los padres tienen permiso pero no la obligación de procurar un hermano-salvador– debería seguirse, por transitividad, que Pilar es preferible a Limbo, es decir, que los padres sí tienen tal deber. El dilema es claro: o se renuncia al requisito lógico de la transitividad, o se restringe muy sustantivamente la libertad procreativa. En realidad, sin embargo, cabría decir que la transitividad no se viola cuando se afirma que no cabe elegir a Esther frente a Pilar y sí en cambio a Limbo frente a Esther, pues el contexto decisional en el primer caso, y no así en el segundo, tiene un rasgo moralmente distintivo y crucial: en el primer caso se ha decidido procrear, y, entonces, una vez que se ha emprendido ese curso de acción, la acción de implantarse a Esther es moralmente implausible⁴⁵.

La decisión de implantarse a Pilar sería, por lo tanto, obligatoria dado ese contexto. Cuestión distinta es qué tipo de afectaciones a la integridad corporal quepa hacer en Pilar en el futuro o durante la gestación. En ese sentido, cuando pensamos en algunos de los ejemplos imaginarios pergeñados por Derek Parfit, Gregory Kavka (1982) o Thomas Schwartz (1978) en el contexto de la discusión filosófica sobre el problema de la no-identidad, no podemos sino simpatizar con la censura de Overall. Son esos supuestos de “absoluta instrumentalización” de la procreación y del individuo traído al mundo los que justifican el reproche moral y la prohibición jurídica⁴⁶, pero debe insistirse en que no son consecuencia necesaria de emplear la técnica del DPG+tipaje HLA.

Pensemos en el supuesto más preocupante: la extracción del riñón de Pilar siendo aún menor. Allí donde hay recursos sanitarios suficientes, la donación de vivo de riñón no supone un quebranto grave de la salud, y la intervención, practicada por laparoscopia, no conlleva una afectación grave para el individuo. ¿Cabría una justificación de tal intervención basada en que esa fue la condición para la procreación de Pilar? Es, por cierto, también lo que cabrían esgrimir los potenciales padres adoptivos de un menor histocompatible para salvar al hijo propio que ya tienen, de acuerdo con el retador ejemplo de Overall: de la misma manera que llegar a nacer y tener una vida buena puede compensar la extracción del riñón y

⁴⁵ El ejemplo que ha empleado Boonin lo ilustra muy bien: no tengo la obligación de entrar en un edificio en llamas a salvar a un pez. Tampoco tengo la obligación de hacerlo si pudiera salvar a un ser humano. Si he decidido entrar en el edificio y jugarme la vida y resulta que puedo salvar al ser humano o al pez, pero no a ambos, no me está permitido salvar al pez porque podría en primer lugar haber decidido no entrar; véase BOONIN, 2014, pp. 200-201.

⁴⁶ Piénsese en el ejemplo al que aludí previamente en el que se practica un aborto tardío una vez que se han obtenido las células madre del cordón umbilical.

su trasplante al hermano, llegar a ser adoptado por parte de quienes aportarán un entorno familiar adecuado puede compensar esa misma operación. Nuestro cuadro de elecciones podría ser ahora el siguiente:

	PABLO	PILAR ₂	LIMBO
DOS RIÑONES	Sí	No	

Ceteris paribus, y dada las circunstancias antes descritas sobre la vida con un solo riñón, unos padres enfrentados a la decisión de si implantarse a Pablo o a Pilar₂ (que tiene solo un riñón) o a Limbo (es decir, no procrear) pueden decidir tener a Pilar₂. ¿Permite ello entonces autorizar la futura extracción de un riñón de Pilar? La respuesta debe ser negativa, pues una cosa es que la circunstancia de carecer de un riñón no sea una de esas condiciones que permitan afirmar que hubiera sido mejor no haber llegado a nacer, y otra cosa es que se pueda extraer un riñón a quien nació con dos por aquella razón (que no está prohibido traer al mundo a un niño con un solo riñón).

Lo que quiero sostener, en el fondo, es que la legitimidad de la extracción del riñón de Pilar dependerá de una concepción previa de nuestros «deberes de solidaridad corporal» en general, y no de que se trate de *nuestro hijo*, por la sencilla razón de que estamos ante personas con intereses y derechos. Pilar, si es que finalmente le fuera extraído el riñón, siempre podría reprochar a sus padres la extracción. Así, piénsese, por ejemplo, en que ella misma se convierte en madre en el futuro de un hijo que necesita un riñón y al que le habría podido donar caso de no habérselo previamente donado –sin haberse tenido en cuenta su expresa voluntad– a su hermano. A diferencia de Pilar₂ ella sí podría haber seguido siendo Pilar con dos riñones.

Todo lo cual no implica, por supuesto, que nunca esté justificada la donación de vivo por parte de menores, o que no debamos repensar –en la provocativa línea seguida por Cécile Fabré– que el alcance de nuestro derecho a la integridad corporal –que nos permite no tener prácticamente deberes de rescate para salvar la vida ajena si ello conlleva la más mínima afectación de nuestro cuerpo– no deba ser revisado y repensado⁴⁷. En esa línea, y volviendo al sugerente y provocador caso planteado por Overall de la “adopción-salvadora”, podría pensarse que la adopción es

⁴⁷ Véase el capítulo V de *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*.

una muy buena compensación del sacrificio corporal llevado a cabo por el adoptado. De nuevo, si el cuadro que se dibuja es el de una instrumentalización burda y cruda del hecho de la adopción, la reacción intuitiva es obviamente de censura y de que no deben permitirse ese tipo de adopciones, pero si estamos en un contexto en el que creemos que hay buenas razones para que los individuos –sean o no menores– hagan mayores sacrificios corporales de los que actualmente están obligados a hacer –sacrificios en favor de nuestros hermanos, o de otros familiares o incluso de extraños– una familia que adoptara a ese menor donante que con su riñón ha salvado a su hijo y le proporcionara aquellos recursos materiales y afectivos de los que carece para desarrollarse, no merecería sino nuestro elogio.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN

A lo largo de las anteriores páginas he examinado si hay buenas razones morales para oponerse a la técnica del DGP+tipaje HLA. De los diferentes argumentos esgrimidos en la literatura me he centrado en el que me parece más poderoso, el argumento basado en la instrumentalización, y concretamente en el uso que de él ha hecho Christine Overall. De resultas de ese análisis creo que cabe concluir, en primer lugar, que la utilización de dicha técnica no es una obligación moral para los padres que tienen un hijo que podría beneficiarse del uso de la técnica, y ello en aplicación de la libertad o derecho a la reproducción de los padres, que incluye, entre otros, el derecho a no tener más hijos de los deseados.

Esa misma libertad reproductiva ampara el permiso para hacer uso de la técnica siempre que concurren ciertos requisitos que anulan la posibilidad de una –injustificable– instrumentalización del hecho reproductivo o del individuo resultante. Así:

- a) La técnica ha de ser empleada para generar un individuo al que en todo caso se le va a proporcionar un entorno familiar acorde con la protección de sus intereses como persona.
- b) Las ulteriores extracciones de tejidos u órganos que se pudieran realizar deben quedar justificadas porque los daños causados son compensados por el beneficio en la forma de la curación del hermano, o, inclusive de otro familiar⁴⁸. Esa justificación puede ser en general

⁴⁸ ¿Cuánto cabe legítimamente extender el círculo de potenciales beneficiarios? A mi juicio tanto como estemos dispuestos a ampliarlo en general, se trate de individuos cuya reproducción vino animada por la salvación de un hermano o no.

anticipada para el caso del uso de las células madre de la sangre del cordón umbilical o de la médula ósea, pero no así, en cambio, si de un órgano como un riñón se trata. En ese supuesto el test a emplear para permitir la extracción debe ser el mismo que el usado para cualquier otra *donación de vivo* por parte de un menor.

En definitiva, el hecho de haber sido concebido, seleccionado y criado con la característica de la histocompatibilidad y la expectativa de la salvación, no debería generar en ningún caso una mayor prelación para la donación. Si es moralmente plausible que existan «hermanos-salvadores» hasta el punto de que justifiquemos en todo caso la extracción de uno de sus riñones, deberá ser porque también lo autorizamos en casos semejantes de histocompatibilidad. No es ocioso recordar que ser hermano de un individuo enfermo al que puedo salvar forma parte del ámbito de las circunstancias, no de las elecciones personales. En esa medida sería injusto atribuir la obligación de salvar, o la responsabilidad por no hacerlo, a aquellos a quienes se impuso *un punto de partida* al ser traídos al mundo, mientras que, para todos los demás, un sacrificio corporal semejante sí sigue perteneciendo al reino de la libre elección.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, FERNANDO y SÁNCHEZ-CARO, JAVIER (2009); *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada.
- ARANGO RESTREPO, PABLO; SÁNCHEZ ABAD, PEDRO JOSÉ; y PASTOR, LUIS MIGUEL (2012); “Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2, pp. 301-320.
- ASENSIO SÁNCHEZ, MIGUEL ÁNGEL (2012); *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid.
- ATIENZA, MANUEL (2008); “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, número 14, septiembre, pp. 4-9
- BELKIN, LISA (2001); “The Made-to-Order Savior”, *The New York Times*, 1 de julio.
- BENATAR, DAVID (2006); *Better To Never Have Been. The Harm of Coming into Existence*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York.
- BOONIN, DAVID (2014); *The Non-Identity Problem & the Ethics of Future People*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York.
- BRIGHOUSE, H. y SWIFT, A.; (2006); “Parents’ Rights and the Value of the Family”, *Ethics*, Vol. 117, October 2006, pp. 80-108.
- COLLAZO CHAO, ELISEO (2010); “Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica”, *Cuadernos de Bioética*, XXI, pp. 231-242.
- DÍAZ DE TERÁN VELASCO, MARÍA CRUZ (2004); “Hijos a la carta... ¿un derecho? Problemas bioéticos y jurídicos de la selección de embriones in vitro”, *Cuadernos del Instituto Martín de Azpilicueta*.
- FABRÉ, CÉCILE (2006); “Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person”, Oxford, *Clarendon Press*.
- GITTER, DONNA M. (2006); “Am I My Brother’s Keeper? The Use of Preimplantation Genetic Diagnosis to Create a Donor of Transplantable Stem Cells for an Older Sibling Suffering from a Genetic Disorder”, *George Mason Law Review*, Vol. 13, pp. 975-1035.
- GOODWIN, MICHELE (2007); “My Sister’s Keeper?: Law, Children, and Compelled Donation”, *Western New England Law Review*, Vol. 29, pp. 357-404.

- HANDYSIDE A.H., E.H. KONTOGIANNI, K. HARDY y M. R. WINSTON (1990); "Pregnancies from biopsied human preimplantation embryos sexed by Y-specific DNA amplification", *Nature*; 344(6268):768-770.
- KAVKA, GREGORY (1982); "The Paradox of Future Individuals", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 11, número 2, primavera, pp. 93-112.
- LAI, AMY T. Y. (2011); "To Be or Not To Be My Sister's Keeper?", *Journal of Legal Medicine*, July-September, pp. 261-293.
- LESMES, CARLOS (2006); "Control administrativo de la actividad científica y protección de datos en la reproducción humana asistida", en *Legislación sobre reproducción asistida: Novedades. Cuadernos de Derecho Judicial*, Carlos Pérez del Valle (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 182-217.
- LORA, PABLO DE (2006); "¿Qué hay de malo en tener hijos?" *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad* (edición a cargo de Antonio Manuel Morales y José María Miquel), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º10, pp. 45-63.
- MACÍA, ANDREA;
- (2011), "El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 23, 2011, pp. 83-98.
- (2005), *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, 2005, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MILL, JOHN STUART (1992); *On Liberty*, Everyman's Library.
- OVERALL, CHRISTINE (2012); *Why Have Children? The Ethical Debate*, The MIT Press.
- PARFIT, DEREK;
- (1982), "Future Generations: Further Problems", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 11, número 2, pp. 113-172.
- (1984), *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford.
- RACHELS, STUART (1998); "Is It Good to Make Happy People?", *Bioethics*, Vol. 12, núm. 2, pp. 93-110.
- RIVERA, EDUARDO (2009); "Individual Procreative Responsibility and the Non-Identity Problem", *Pacific Philosophical Quarterly*, Vol. 90, pp. 336-363.

SCHWARTZ, THOMAS (1978); "Obligations to Posterity", en *Obligations to Future Generations*, R. I. Sikora y Brian Barry (eds.), Temple University Press, Philadelphia, pp. 3-13.

SHELDON, SALLY y STEPHEN WILKINSON (2005); "Saviour Siblings: Hashmi and Whitaker. An Unjustifiable and Misguided Distinction", en http://www.prochoiceforum.org.uk/irl_rep_tech_2.php SIL

VA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (2004); "Sobre el llamado «diagnóstico de preimplantación». Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones in vitro con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero", *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial*, Carlos Pérez del Valle (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 137-166.

SOINI, S. (2007); "Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD) in Europe: Diversity of Legislation A Challenge to the Community and Its Citizens", *Medicine and Law*, Vol. 26, June, pp. 309-323.

STRONG, KIMBERLY, IAN KERRIDGE y MILES LITTLE (2014); "Savior Siblings, Parenting and the Moral Valorization of Children", *Bioethics*, Vol. 28, número 4, pp. 187-193.

TUFFS, ANNETTE (2011); "Germany allows restricted access to preimplantation genetic testing", *British Medical Journal* (disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.bmjjournals.org/lookup/doi/10.1136/bmjjournals.109.343>; (último acceso el 27 de febrero de 2014).

VERLINSKY Y, RECHITSKY S, VERLINSKY O. ET AL. (2001); "Preimplantation diagnosis for Fanconi anemia combined with HLA matching", *JAMA*: 285(24): 3130-3133.

WILLIAMS, BENJAMIN B. (2011); "Screening for Children: Choice and Chance in the «Wild West» of Reproductive Medicine", *George Washington Law Review*, Vol. 79, June, pp. 1305-1342.

II. Implicaciones jurídicas de las técnicas de reproducción asistida

La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo

ITZIAR ALKORTA IDIAKEZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad del País Vasco UPV/EHU

Resumen

Desde su irrupción, a finales de los años setenta, las técnicas de reproducción asistida (TRA) han proporcionado un gran número de titulares, en muchos casos no exentos de cierto tono sensacionalista. Como consecuencia de dicho sensacionalismo, el estudio de la regulación de la reproducción asistida se basa a menudo en casos individuales. La fragmentación de los análisis resultantes influye en la percepción que podemos tener de la regulación general del fenómeno. En consecuencia, este trabajo pretende proporcionar una visión lo más amplia posible del panorama de la regulación de las TRA en el mundo y sus tendencias más significativas en términos cuantitativos. El trabajo no entra en cuestiones doctrinales o jurisprudenciales, sino que tan solo quiere proporcionar tendencias cuantitativas por lo que respecta a la regulación de un fenómeno muy generalizado en la actualidad. La primera conclusión que resulta del estudio comparado de la legislación subraya que, en los pasados cinco años, el número de países que han adoptado algún tipo de regulación sobre la práctica de las TRA se ha multiplicado por cinco. La regulación adoptada es variada y no uniforme porque se ha basado en distintos principios morales, que a menudo contraponen el valor de la vida al interés del menor. Sin embargo, el estudio cuantitativo de la legislación comparada apunta a algunas tendencias comunes como, por ejemplo, un mayor acceso a la reproducción asistida, principalmente por mujeres solas y parejas de dos hombres; la proliferación de políticas de transferencia de un solo embrión para reducir el riesgo de embarazos múltiples, y también una tendencia progresiva hacia la revelación de la identidad del donante.

Abstract

Since the moment that it emerged, at the end of the 1970s, assisted reproductive technology (ART) has provided numerous breaking news in the mass media, not exempt from certain sensationalism. As a result of

this sensationalism, the study of the regulation of assisted reproduction is often based on individual cases. The fragmentation of the resulting analysis distorts the perception that we may have of the general regulation of this phenomenon. Therefore, this paper aims to provide a broad view of the panorama of the regulation of ART in the world and its most significant trends in quantitative terms. This paper does not address doctrinal or jurisprudential issues, but its aim is just to provide quantitative trends in terms of the regulation of this very extended phenomenon.

The first conclusion obtained from the comparative study of the legislation is that, in the past five years, it doubled the number of countries that have adopted some form of regulation on the practice of these techniques. The adopted regulation is diverse and not uniform because it is based on uneven moral principles, which often oppose the value of life to the welfare of the child. However, the quantitative study of comparative legislation points to some common trends, as, for instance, a broader access to assisted reproduction, mainly for single women and gay couples; single embryo transfer policies to reduce the risk of multiple pregnancies; and also a progressive trend towards the disclosure of the identity of the donor.

Palabras clave

Técnicas de reproducción asistida (TRA), anonimato, donación de gametos, derecho comparado, fertilización in vitro.

Key words

Assisted reproductive technology (ART), anonymity, gamete donation, comparative law, «in vitro» fertilization.

Sumario

1. Introducción
2. Ampliación de la práctica y del acceso
3. Extensión de la regulación y aumento del control sobre las clínicas
4. Limitación del número de embriones transferidos por ciclo
5. Identificación del donante de gametos
6. «Turismo reproductivo» y extraterritorialidad de las normas
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Aproximadamente, uno de cada diez nacidos en Europa y Estados Unidos ha sido concebido con ayuda de las tecnologías de reproducción artificial¹.

Los estudios epidemiológicos más recientes apuntan a que el 10% de las parejas occidentales padecen algún tipo de infertilidad o subfertilidad. Los cambios demográficos como el aumento de la edad de procreación, así como otros factores como la obesidad y las infecciones de transmisión sexual están contribuyendo a un crecimiento sostenido de la demanda de tecnologías reproductivas en el mundo. Se estima que a lo largo del tiempo un 56% de las parejas infértils solicitan algún tipo de atención biomédica para procrear².

A pesar del crecimiento exponencial que ha experimentado la oferta de servicios de procreación asistida en muchos países del mundo, los datos de la Organización Mundial de la Salud señalan que, todavía, de los 191 países miembros solo 48 ofrecen este tipo de servicios³. Por ejemplo, la mayor parte de los residentes en países del Pacífico carecen de acceso a la fecundación in vitro (FIV), lo cual provoca, como veremos más adelante, grandes flujos de pacientes hacia los países que ofrecen estas técnicas, como es el caso de Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Tailandia, India, etc.

Como consecuencia del aumento de la demanda de tratamientos de fertilidad, el número de clínicas que los ofrecen se ha multiplicado por dos a lo largo de la última década, generando unos ingresos exteriores estimados en 80.000 millones de dólares en 2010, con un crecimiento previsto de 100.000 millones de dólares en 2020. El crecimiento de estos servicios se ha visto favorecido por el aumento de la oferta privada, el abaratamiento de los vuelos internacionales y la creciente portabilidad de los seguros de salud⁴.

¹ JONES, H.W., COOKE, I., KEMPERS, R., BRINDSEN, P., y SAUNDERS, D. (eds), «International Federation of Fertility Societies Surveillance 2010», *Fertil Steril*, 2010, 23.

² MASCARENHAS, M.N., FLAXMAN, S.R., BOERMA, T., VANDER POEL, S., y STEVENS G.A., «National, Regional and Global Trends in Infertility Prevalence since 1990: A systematic Analysis of 277», *Helathr Surveys PLoS Med*, 2012, 9.

³ IVF Worldwide: <http://www.ivf-worldwide.com/>.

⁴ Shenfield, F. «Implementing a good practice guide for CBRC: perspective from the ESHRE Cross-Border Reproductive Care Task Force», *Reproductive Biomedicine Online*, 2013, 657.

El análisis de la normativa comparada sugiere que, a pesar de los episodios aislados de resistencia de algunos países a proveer servicios de FIV, como es el caso de Costa Rica, la tendencia general apunta a una consolidación de estas técnicas y a un aumento exponencial de su oferta, asociados tanto a una mayor demanda, interna y foránea, así como a un aumento reconocido de su eficiencia.

Los datos apuntados en este estudio se han obtenido de dos fuentes principales. Por una parte, el *International Federation of Fertility Societies (IFFS) Surveillance* que se publica cada tres años. IFFS es una ONG vinculada a la Organización Mundial de la Salud en la que participan 60 estados miembros con interés en el seguimiento y monitorización de los aspectos clínicos y científicos de la procreación asistida y de los tratamientos de infertilidad. El informe citado ofrece una visión muy detallada de la regulación y del uso de la fertilización in vitro en el mundo. Los datos empleados en el presente artículo corresponden al último informe presentado en 2013, aunque se hacen múltiples referencias a datos previos de 2010 y de 2007, que nos permiten comparar la evolución del fenómeno, así como de su regulación en el mundo.

Por otra, los informes periódicos de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (*European Society of Human Reproduction and Embryology, ESHRE*) cuenta con un Grupo de Trabajo sobre Transfronterizo «Reproductive Care», cuyo objetivo es reunir datos fiables sobre el número de pacientes que cruzan las fronteras europeas para acceder a las tecnologías de reproducción; además, la ESHRE publica datos estadísticos sobre las clínicas asociadas a su red, que son muy numerosas⁵.

Los datos publicados por ambos organismos ponen de relieve la diversidad y variabilidad de las opciones legislativas que presenta la tecnología reproductiva en el mundo. La diferencia entre países se atribuye principalmente a diferencias culturales, religiosas y de valores morales. Mientras algunos países introducen normas para prevenir los embarazos múltiples, otros, como Alemania e Italia, han adoptado leyes que aumentan el riesgo de tener múltiples nacidos vivos.

Si bien se mantienen las diferencias significativas entre países, parece haber una tendencia al consenso en la prohibición de las aplicaciones más polémicos como la selección del sexo y la técnica de la clonación

⁵ ESHRE, <http://www.eshre.eu>

reproductiva. Además, las legislaciones vigentes revelan que la experimentación sobre el embrión se permite en unos pocos países, manteniéndose la tendencia a la prohibición generalizada.

Por otra parte, la trazabilidad de las series históricas de datos relacionados con la práctica y la regulación del tratamiento de la infertilidad presentan algunas consistencias que pueden resumirse en cuatro grandes tendencias de ámbito general:

- a) aumento progresivo de la regulación de las técnicas que incluye la acreditación de los laboratorios de reproducción asistida así como de las sanciones de las malas prácticas.
- b) ampliación del derecho de acceso a estas técnicas a otros colectivos distintos a la pareja heterosexual casada.
- c) mayor control sobre el número de embriones transferidos.
- d) tendencia a la identificabilidad del donante de gametos.

2. AMPLIACIÓN DE LA PRÁCTICA Y DEL ACCESO

Las técnicas de reproducción asistida han ganado terreno de forma clara en los últimos diez años. Este hecho se evidencia a través del número creciente de países que declaran permitir la práctica en su territorio. A su vez, la tendencia apunta a que se han ampliado las posibilidades de acceso al uso de estas técnicas a algunos sectores de la población a la que antes les estaba vedado.

A pesar de la considerable disparidad de las regulaciones en cuanto al acceso a estas técnicas, parece apuntarse una tendencia general a una ampliación de la legitimación para acceder a su uso, junto con una mejora a nivel internacional de las garantías de la calidad de los tratamientos ofrecidos.

La restricción del uso de la fecundación in vitro a las parejas casadas se reduce hoy día a los países islámicos y del sudeste asiático.

El 40% de los países encuestados en el Informe del IFFS declaran autorizar el uso de la FIV a mujeres solas y más del 20% del total admiten a usuarias lesbianas⁶.

Esta tendencia a la inclusión de nuevos sectores poblacionales en el acceso a las tecnologías reproductivas se ha acentuado en relación a la encuesta correspondiente al período anterior 2007-2010⁷.

3. EXTENSIÓN DE LA REGULACIÓN Y AUMENTO DEL CONTROL SOBRE LAS CLÍNICAS

Durante los últimos diez años se ha producido, además, una extensión notable de la regulación de las técnicas de reproducción asistida a través de leyes y normas administrativas promulgadas. En el pasado, el interés de la sociedad y del legislador en la procreación asistida provenía, sobre todo, de los grupos religiosos que propugnaban la necesidad de proteger al embrión humano objeto de manipulación extracorpórea; más recientemente, se observa un cambio en la motivación de la normativa: el hecho legislativo obedece fundamentalmente a la necesidad de proteger al paciente frente al riesgo de prácticas abusivas. Las encuestas observan que en aquellos países en los que la práctica de la tecnología reproductiva es reciente no hay regulación positiva, o la que existe es de carácter meramente administrativo; en cambio, la mayor parte de los países en los que ha transcurrido un tiempo desde la introducción de la técnica, han desarrollado normas positivas o códigos de buenas prácticas para su regulación⁸.

Con todo, la regulación de la práctica no solo ha generado efectos positivos. De hecho, la promulgación de algunas leyes recientes ha provocado consecuencias no deseadas, como motivar a los pacientes nacionales a viajar al extranjero en busca de tratamientos específicos

⁶ STEVEN, J., DEVROEY, P., BANKER, M., BRINSDEN, P., BUSTER, J., FIADJOE, M., HORTON, M., NYGREN, K., HIRSHIKESH, P., LE ROUX, P., y SULLIVAN, E., (eds.) International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013, https://iffss.site-ym.com/resource/.../iffss_surveillance_09-19-13.pdf, p. 31.

⁷ MASCARENHAS, M.N., FLAXMAN, S.R., BOERMA, T., VANDER POEL, S., y STEVENS, G.A., «National, Regional and Global Trends in Infertility Prevalence since 1990: A systematic Analysis of 277». *Helathr Surveys PLoS Med*, 2012, 9.

⁸ ESHRE, *Good clinical Treatment in assisted reproduction*, <https://www.eshre.eu/Eshre/english/guidelines-Legal/Eshre-position-papers/page.aspx/949/>.

prohibidos por la normativa en cuestión. Una práctica que se ha definido como «turismo reproductivo» o «atención reproductiva transfronteriza».

En determinados supuestos, se ha producido incluso una discriminación en el trato en función de la nacionalidad del paciente, a pesar de que parece claro, sobre todo entornos tan regulados como el europeo, que los estándares en el tratamiento debieran aplicarse por igual tanto a los nacionales como a los extranjeros. Es el caso de la normativa belga que impuso la política de la transferencia de un solo embrión por ciclo (*Single Embryo Transfer, SET*)⁹. Pues bien, la normativa que limitaba el número de embriones a transferir en función de la edad y del número de fecundaciones realizadas, se aplicó durante un tiempo solo a los extranjeros que solicitaban tratamiento en Bélgica, excluyendo a los nacionales de dicha práctica. Fue necesaria la intervención del ministro de salud belga para que las clínicas de reproducción asistida asumieran que se trataba de una medida diseñada para evitar el aumento exponencial de embarazos múltiples que se estaba produciendo en Bélgica, y que era aplicable a todos los tratamientos dispensados en el país, tanto a los extranjeros como a los locales¹⁰.

La mayor parte de los países que cuenta con normativa reguladora de la práctica de procreación asistida declara haber promulgado legislación positiva además de códigos o estándares administrativos para la regulación de la práctica clínica (37% de los países encuestados por el IFFS). Un segundo grupo de países (31%) cuenta con legislación pero no con reglamentación de desarrollo de la práctica clínica. El 21% de los estados que cuentan con algún tipo de normativa reguladora se limita a códigos o estándares administrativos dirigidos a las clínicas de infertilidad que ofrecen tratamientos de reproducción asistida¹¹.

La mayor parte de los países que cuenta con normativa reguladora ya sea de nivel legislativo como de rango puramente administrativo incluye reglas específicas para la acreditación y autorización de laboratorios (70% de los

⁹ OMBELET, W., DE SUTTER, P., VAN DER ELST, J., MARTENS, G. «Multiple gestation and infertility treatment: registration, reflection and reaction--the Belgian project.» *Hum Reprod Update*. 2005, 11(1): 3-14

¹⁰ PENNINGS, G. International evolution of legislation and guidelines in medically assisted reproduction, *Reproductive Biomedicine online*, 2009, vol. 2, 18.

¹¹ Steven J, Devroey P, Bunker M, Brinsden P, Buster J, Fiadjoe M, Horton M, Nygren K, Hirshikesh P, Le Roux P, Sullivan E (eds.) International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013, https://iffss.site-ym.com/resource/.../iffss_surveillance_09-19-13.pdf, p.15.

países encuestados). La acreditación de los sistemas de garantía de la calidad de dichos establecimientos se hace tanto a través de la normativa ISO (*International Organization for Standardization*), como, en el caso europeo, mediante la implementación de la Directiva Europea de Tejidos. Un tercio de los países reportan además la existencia de estándares específicos dictados por asociaciones u organizaciones profesionales del ramo (es el caso, por ejemplo, de la Sociedad Española de Fertilidad, que cuenta con estándares voluntarios de calidad para los laboratorios nacionales)¹².

El desarrollo de la normativa de acreditación y autorización de laboratorios ha favorecido la estandarización de unas exigencias de calidad a nivel internacional que han supuesto un claro avance en la práctica clínica de la reproducción asistida.

Como consecuencia del surgimiento de estándares internacionales que orientan la práctica se ha producido un aumento de las sanciones (que durante el período 2010-2013 han experimentado un crecimiento del 25% con respecto al período anterior). Las sanciones comprenden un rango de medidas administrativas que van desde la suspensión de la licencia hasta las multas, llegándose en algunos casos al cierre de la actividad¹³.

El aumento de las sanciones, junto con el crecimiento de la litigiosidad experimentada por la mayoría de estos países supondrá un avance en la garantía de la calidad del tratamiento ofrecido por las clínicas siempre que se mantengan los estándares de vigilancia para que estas cumplan con la exigencia de transparencia y rendición de cuentas debida y no reaccionen, como podría suceder dado el caso, ocultando las malas prácticas y los errores de tratamiento. De hecho, el informe correspondiente al período 2010-2013 reporta que no ha habido un avance significativo en la publicidad de las sanciones impuestas a las clínicas ni a los laboratorios¹⁴.

En cualquier caso, se evidencia el hecho de que las condenas por responsabilidad civil han supuesto un aumento de la presión sobre los clínicos y embriólogos que declaran estar ahora más vigilantes en el

¹² <https://www.registrosef.com/>.

¹³ STEVEN, J., DEVROEY, P., BANKER, M., BRINSDEN, P., BUSTER, J., FIADJOE, M., HORTON, M., NYGREN, K., HIRSHIKESH, P., LE ROUX, P., y SULLIVAN, E., (eds.) International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013, https://iuffs.site-ym.com/resource/.../iuffs_surveillance_09-19-13.pdf, p. 16.

¹⁴ *Idem supra*, p. 15.

cumplimiento de las normas legales y administrativas; máxime, cuando la mayor parte de la regulación dictada por las sociedades profesionales y las autoridades sanitarias está dirigida a la protección del profesional sanitario en un intento de mejorar su práctica y evitar eventuales reclamaciones por parte de los usuarios.¹⁵

4. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE EMBRIONES TRANSFERIDOS POR CICLO

Durante los últimos diez años se ha producido, además, un aumento de la concienciación de los riesgos de los embarazos múltiples provocados por la transferencia de más de un embrión en procesos de fecundación asistida. Dichos riesgos han sido cada vez más ampliamente reconocidos por la literatura científica¹⁶, y, consecuentemente, muchos países han establecido legislación o directrices dirigidas a limitar el número de embriones que se pueden transferir en cada ciclo de fecundación in vitro.

Estudios realizados en Suecia, Dinamarca, los Países Bajos y Bélgica han demostrado que la transferencia de un solo embrión (*Single Embryo Transfer, SET*), especialmente cuando se combina con la transferencia de embriones congelados en ciclos posteriores, alcanza tasas de embarazo y parto equivalentes a la transferencia de dos y hasta de tres embriones, evitando además las complicaciones que suele llevar aparejadas el parto gemelar y el de más de dos embriones.¹⁷ Son ya numerosos los países y organismos que han aprobado directrices dirigidas a limitar el número de embriones a transferir en función de los perfiles de las pacientes, siendo así que cada vez más clínicas de todo el mundo están restringiendo el número de embriones transferidos a uno o un máximo de dos.

En el Reino Unido, el organismo regulador de las técnicas de reproducción asistida (*Human Fertilisation and Embryology Authority, HFEA*), puso en marcha esta política restrictiva en 2003, limitando el número de embriones a transferir a dos en las mujeres menores de 40 años y tres para las

¹⁵ *Idem supra*, p. 15

¹⁶ WENNERHOLM, U.B., BERGH, C. «Obstetric outcome and follow-up of children born after in vitro fertilization» (*IVF Hum Fertil* 2000, 3, 52-64).

¹⁷ PEERAER, K., DEBROCK, S., LAENEN A., DE LOECKER, P., SPIESSENS, C., DE NEUBOURG, D., D'HOOGHE ,T.M.. «The impact of legally restricted embryo transfer and reimbursement policy on cumulative delivery rate after treatment with assisted reproduction technology», *Human Reproduction Journal*. 2014 Feb; 29(2): 267-75.

mujeres mayores.¹⁸ Más recientemente la HFEA ha implementado medidas para garantizar que las tasas de embarazos múltiples que tengan su origen en una FIV se mantengan por debajo del 10% de todos los nacimientos producidos mediante esta técnica. La Sociedad Británica de Fertilidad (*British Fertility Society*, BFS) recomendaba al respecto que al menos la mitad del conjunto de ciclos de fecundación in vitro con transferencia de embriones fueran SET, llegando para ello a elevar la edad de la usuaria SET hasta los 38 años¹⁹.

Bélgica introdujo en 2003 un sistema de reembolso que condicionaba la financiación de seis ciclos de FIV a la transferencia voluntaria de un solo embrión (*elective SET*, eSET) en el primer ciclo por parte de las usuarias menores de 36 años. El número de embriones transferidos en los siguientes ciclos depende de la edad de la mujer y de la calidad de los embriones obtenidos en cada FIV²⁰.

Finlandia, Noruega, Dinamarca y los Países Bajos no tienen regulación estatal sobre este tema; sin embargo, las clínicas han adoptado voluntariamente programas tendentes a la aplicación generalizada del eSET²¹.

Por último, Alemania, Suiza, Austria e Italia, ya que estos países han promulgado leyes restrictivas que prohíben el cultivo de más de tres ovocitos más allá de la etapa de pro-núcleo y exigen, además, la transferencia de todos los embriones obtenidos sin selección previa por lo que el eSET resulta inviable en estos países.²²

En el futuro, es previsible que el éxito de la FIV mejore gracias a sistemas de cultivo más sofisticados y a la suavización de los protocolos de estimulación ovárica. En dicho supuesto, se acelerará la tendencia actual

¹⁸ HFEA *Code of Practice: Guidance Note 7. Multiple births* (version 6.0), <https://www.hfea.gov.uk/401.htm>

¹⁹ CUTTING, R., MORROLL, D., ROBERTS, S.A., PICKERING, S., y RUTHERFORD, A; «BFS and ACE. Elective single embryo transfer: guidelines for practice British Fertility Society and Association of Clinical Embryologists». *Hum Fertil* 2008 Sep; 11(3): 131-46.

²⁰ STEVEN, J., DEVROEY, P., BANKER, M., BRINSDEN, P., BUSTER, J., FIADJOE, M., HORTON, M., NYGREN, K., HIRSHIKESH, P., LE ROUX, P., y SULLIVAN, E., (eds.) International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013, https://iiffs.site-ym.com/resource/.../iiffs_surveillance_09-19-13.pdf, p. 35

²¹ *Idem supra*, p. 36

²² *Idem supra*, p. 36

de limitar a uno, o a lo sumo a dos, el número de embriones para la transferencia. Cada vez más, la tasa de éxito de las clínicas de reproducción asistida se medirá en función de la tasa de implantación (posibilidad de que un solo embrión se implante se desarrolle en el útero) en lugar de por la tasa de embarazo, la cual se encontraba directamente determinada por el número de embriones transferidos. La recomendación que se está trasladando desde las administraciones sanitarias y los organismos reguladores en muchos países es ahora y, lo será cada vez más en el futuro: «Transfiere tantos embriones como quieras, pero no más de uno cada vez²³».

5. IDENTIFICACIÓN DEL DONANTE DE GAMETOS

La mayor parte de los países encuestados por el IFFS en 2013 han informado de que la FIV goza de una creciente aceptación social. En este sentido, tal como se ha señalado anteriormente, la última encuesta publicada ha puesto de manifiesto por vez primera una tendencia hacia una mayor inclusión de colectivos previamente excluidos del acceso a estas técnicas como las mujeres solas y las lesbianas. Simultáneamente, los cambios legislativos más recientes apuntan un cambio de tendencia en la prohibición generalizada de desvelar la identidad del donante de gametos. Las prácticas actuales en materia de aplicación del anonimato y del alcance de la divulgación de la información sobre el donante están evolucionando, de forma que el paradigma se está desplazando desde el modelo de la donación anónima a otro sistema más flexible y de apertura a la posibilidad de obtener información por parte de la descendencia y de los padres sociales.

El 8% de los encuestados reportó la existencia de modificaciones en la legislación sobre el anonimato, sobre todo en algunos de los países europeos de referencia en materia de reproducción asistida:

- En el Reino Unido, el cambio ha consistido en que los donantes anónimos que donaron antes del 1 de abril de 2005 pueden ser contactados y se les ofrece la opción de que su donación se reinscriba como no anónima²⁴.

²³ Expert Group on Multiple Births after IVF, 2006

²⁴ HFEA, Code of Practice: Donor assisted reproduction, <https://www.hfea.gov.uk/3465.html>

- En Dinamarca, Rusia y Bielorrusia la legislación permite ahora la donación de gametos no anónima. En el caso de Bielorrusia solo se permite donación anónima en el caso de donación de embriones criopreservados durante más de seis meses²⁵.
- La nueva ley en Bélgica mantiene el anonimato como regla general, pero permite revelar la identidad del donante cuando tanto este como el receptor están de acuerdo.
- Más allá de Europa, Hong Kong permite ahora la donación de esperma tanto anónima como no anónima, aunque la donación de óvulos debe ser siempre no anónima.

Con todo, a pesar de que se advierte un cambio de tendencia por parte de algunos países, la revelación de la identidad del donante sigue siendo una opción minoritaria en el panorama internacional. La información sobre el donante a la descendencia es forzada por la ley en el 20% de los países encuestados. Aproximadamente, el 38% de los países con directrices sobre este tema informaron de que no permiten la identificación del donante. Si bien, la mayor parte de estos últimos requieren del donante información sobre sus características generales que puede ser revelada a la descendencia y a su familia social. Otro 30% de los países declara que no tienen en cuenta la divulgación en su legislación.

Actualmente, teniendo en cuenta los últimos cambios legislativos indicados, el estado de la cuestión en materia de regulación del anonimato del donante en Europa es, a grandes rasgos, el siguiente:

- Francia, Dinamarca, Grecia, España, Portugal y Noruega mantienen legalmente el anonimato, si bien el nacido accede a las características generales no identificativas del donante.
- Islandia y, más recientemente, Bélgica, tienen un sistema de doble vía que permite la identificación del donante por parte del nacido a la edad de 18 años si el donante consiente.
- Austria, Alemania, Suecia, Suiza, Países Bajos y el Reino Unido solo aceptan donantes que consientan la revelación de su identidad.

²⁵ STEVEN, J., DEVROEY, P., BANKER, M., BRINSDEN, P., BUSTER, J., FIADJOE, M., HORTON, M., NYGREN, K., HIRSHIKESH, P., LE ROUX, P., y SULLIVAN, E., (eds.) International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013, https://iiffs.site-ym.com/resource/.../iiffs_surveillance_09-19-13.pdf, p. 73

En Australia y Nueva Zelanda, los datos tanto los datos generales como los identificativos se pueden solicitar a los 18 años, aunque los donantes tienen que dar su consentimiento para revelar su identidad en el futuro antes de efectuar la donación.

En los Estados Unidos, generalmente, no se da a la descendencia información identificativa, pero las directrices recomiendan que se proporcione la información no identificable. Aunque en varios Estados de la Unión se respetan las preferencias de los usuarios y los descendientes.

Brasil no permite la identificación del donante aunque recomienda conservar registros. La Sociedad Argentina de Fertilidad recomienda la misma práctica. En otros países de América Latina las directrices nacionales sobre reproducción asistida no abordan la cuestión del anonimato.

En China solo se puede solicitar la información no identificable de los donantes de esperma. En Japón, las Directrices de Obstetricia y Ginecología de la Sociedad recomiendan donación anónima pero sugieren llevar registros.

En la India, la información puede ser proporcionada solamente por orden judicial²⁶.

6. «TURISMO REPRODUCTIVO» Y EXTRATERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS

Hemos visto que la prohibición de algunas prácticas de reproducción asistida junto con la competitividad de los precios y tasas de éxito más abultadas motivan a los pacientes nacionales a viajar al extranjero en busca de tratamientos específicos. Una práctica que se ha definido como «turismo reproductivo» o «atención reproductiva transfronteriza».

La oferta de servicios y tratamientos de reproducción asistida, en particular, de gestación subrogada y de donación de óvulos por parte de determinados países que atraen miles de usuarios ha sido analizada desde múltiples puntos de vista por parte de la doctrina científica sin que se haya alcanzado acuerdo sobre la necesidad de regular dichas prácticas, si bien, cada vez son más numerosas las posturas que reclaman un equilibrio justo entre la

²⁶ SAMA, *The Mapping of Assisted Reproductive Technologies in India*, 2011, p. 67

autonomía de los individuos y la necesidad de garantizar una adecuada protección de los donantes y de los usuarios²⁷.

Recientemente, dos países han dado el controvertido paso de promulgar sanciones legales contra los ciudadanos que soliciten o reciban tratamiento de reproducción asistida fuera de las fronteras nacionales.

En 2010 Turquía prohibió los viajes transfronterizos para los servicios de reproducción asistida que impliquen donación de gametos²⁸. La prohibición se basa en el artículo 231 del Código Penal turco, según el cual es ilegal «oscurecer la ascendencia de un niño». La pena a la que se expone tanto el practicante turco que recomienda la asistencia foránea como los usuarios es de uno a tres años de prisión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la regulación no contraviene el Tratado, declarando la sanción consistente y proporcional a la prohibición impuesta²⁹.

Una segunda postura rigurosa es la adoptada por dos estados de Australia, Nueva Gales del Sur y Queensland, que han legislado para prohibir a los residentes participar en cualquier acuerdo de alquiler de vientres, incluso en el extranjero, por motivos de coherencia con las leyes estatales que solo permiten la subrogación altruista. La Ley de Maternidad Subrogada de 2010 de Nueva Gales del Sur castiga a cualquiera que participe en intercambios comerciales en materia de subrogación con hasta dos años de cárcel y una multa de 110.000 dólares. Una enmienda parlamentaria de última hora³⁰ extendió la aplicación de la versión original del proyecto de ley a todas las personas «residentes o domiciliadas habitualmente en el Estado»³¹.

No está claro cómo tales leyes podrían hacerse cumplir. Las prohibiciones impuestas pueden simplemente reforzar la discriminación contra

²⁷ PENNINGS G. «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Hum. Reprod.* 2004, 19; DAVIES, T., «Cross Border Reproductive Care: Quality and safety challenges for the regulator», *Fertil. Steril.* 2010, 94. Inhorn, MC Diasporic dreaming; return reproductive tourism to the Middle East, *Reproduc. Biomed Online*, 2011, 23; Crockin SL. «Legal perspectives on Cross Border Reproductive Care», *Reproduc. Biomed. Online*, 2011, 23.

²⁸ GÜRTIN, Z., «Banning reproductive travel? Turkey's ART legislation and third party assisted reproduction». *Reprod. Biomed Online*, 2011, 23.

²⁹ *Idem supra*.

³⁰ NSW Parlamento, el 11 de noviembre de 2010.

³¹ Subrogation Bill, 2010, clause 11, part 2,

determinados grupos de pacientes que se ven obligados a solicitar fuera los tratamientos prohibidos en casa, o pueden incluso forzar que la subrogación comercial o la donación de gametos transfronteriza pase a la clandestinidad, convirtiendo a algunos padres o parejas infériles en criminales.

La extraterritorialidad de las normas constituye, en cualquier caso, una estrategia puntual seguida por dos únicos países que difícilmente se extenderá a otros. El fenómeno del servicio transfronterizo de reproducción asistida sigue siendo, por tanto, una asignatura pendiente de las técnicas de fertilidad. Ante la dificultad de armonizar las leyes vigentes en esta materia, parece que la solución para el tráfico transfronterizo de servicios de infertilidad debería abordarse mediante el establecimiento de directrices profesionales y códigos de buenas prácticas emanados por las asociaciones de pacientes y de profesionales que tienen un papel importante que desempeñar en el seguimiento de los efectos de la atención reproductiva transfronteriza aumentando la presión a los gobiernos para que mejoren la protección de las personas involucradas. Por ejemplo, la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) cuenta con un Grupo de Trabajo sobre Transfronterizo «Reproductive Care», cuyo objetivo es reunir datos fiables sobre el número de pacientes que cruzan las fronteras europeas para acceder a las tecnologías de reproducción asistida y emanar directrices regulatorias que mejoren al menos las condiciones de acceso y las garantías de prestación de servicios a dichos pacientes³².

³² ESHRE., *Cross-Border Reproductive Care Taskforce*, <https://www.eshre.eu>.

7. BIBLIOGRAFÍA

CROCKIN, SL. «Legal perspectives on Cross Border Reproductive Care», *Reproduc. Biomed. Online*, 2011, 23.

CUTTING, R., MORROLL, D., ROBERTS, S.A., PICKERING, S., y RUTHERFORD, A., *BFS and ACE. Elective single embryo transfer: guidelines for practice British Fertility Society and Association of Clinical Embryologists*.

DAVIES, T., «Cross Border Reproductive Care: Quality and safety challenges for the regulator», *Fertil. Steril.* 2010, 94.

ESHRE., *Cross-Border Reproductive Care Taskforce*, <https://www.esocre.eu>

ESHRE., Good clinical Treatment in assisted reproduction, <https://www.esocre.eu/Eshre/english/guidelines-Legal/Eshre-position-papers/page.aspx/949/>.

GÜRTIN, Z., «Banning reproductive travel? Turkey's ART legislation and third party assisted reproduction». *Reprod. Biomed Online*, 2011, 23.

HFEA., *Code of Practice: Guidance Note 7. Multiple births* (version 6.0), <https://www.hfea.gov.uk/401.htm>.

INHORN, MC., «Diasporic dreaming; return reproductive tourism to the Middle East», *Reproduc. Biomed Online*, 2011, 23.

IVF Worldwide: <http://www.ivf-worldwide.com/>.

JONES, HW., COOKE, I., KEMPERS, R., BRINDSEN P, y SAUNDERS, D., (eds), «International Federation of Fertility Societies Surveillance 2010», *Fertil Steril*, 2010.

MASCARENHAS, MN., FLAXMAN, S.R., BOERMA, T., VANDER POEL, S., y STEVENS, GA., «National, Regional and Global Trends in Infertility Prevalence since 1990: A systematic Analysis of 277». *Helathr Surveys PLoS Med*, 2012, 9.

OMBELET, W., DE SUTTER, P., VAN DER ELST, J., y MARTENS, G., «Multiple gestation and infertility treatment: registration, reflection and reaction-the Belgian project». *Hum Reprod Update*. 2005 Jan-Feb;11(1).

PEERAER, K., DEBROCK, S., LAENEN, A., DE LOECKER, P., SPIESSENS, C., DE NEUBOURG, y D., D'HOOGHE T.M.. «The impact of legally restricted embryo transfer and reimbursement policy on cumulative delivery rate after treatment with assisted reproduction technology», *Human Reproduction Journal*. 2014 Feb; 29(2):267-75.

Pennings, G., *International evolution of legislation and guidelines in medically assisted reproduction*, «Reproductive Biomedicine online», 2009, vol. 2, 18.

Pennings, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Hum. Reprod.* 2004, 19.

SAMA, *The Mapping of Assisted Reproductive Technologies in India*, 2011, p. 67.

SHENFIELD, F., «Implementing a good practice guide for CBRC: perspective from the ESHRE Cross-Border Reproductive Care Task Force», *Reproductive Biomedicine Online*, 2013, 657.

STEVEN J., DEVROEY, P., BANKER, M., BRINSDEN, P., BUSTER, J., FIADJOE, M., HORTON, M., NYGREN, K., HIRSHIKESH, P., LE ROUX, P., y SULLIVAN, E., (eds.) *International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013*:

https://iffs.site-ym.com/resource/.../iffs_surveillance_09-19-13.pdf, p. 31.

WENNERHOLM, UB., BERGH, C., *Obstetric outcome and follow-up of children born after in vitro fertilization (IVF)* *Hum Fertil*, 2000, 3, 52–64.

Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción *post-mortem* y la doble maternidad

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen

El artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida contiene una remisión general a las leyes civiles para regular la filiación de los nacidos fruto de tales técnicas, con la excepción de algunas normas especiales previstas en la propia LTRHA. Este trabajo tiene por objeto el análisis de dos de estas especialidades, la reproducción artificial post mortem y la doble maternidad. Es indudable el interés que reviste su estudio en la medida en que constituyen realmente dilemas jurídicos.

Abstract

According to article 7 of the Spanish Law 14/2006 of 26th May, on Human Assisted Reproduction Technics, civil legislation regulates the filiation of those born through these techniques, except for some special rules contained in the above-mentioned Law. This contribution focuses on the analysis of two of these special rules: posthumous reproduction and co-motherhood. They arise an indubitable interest as they pose real legal dilemmas.

Palabras Clave

Reproducción Asistida, Reproducción post mortem, Doble maternidad.

Key Words

Assisted Procreation, Posthumous Reproduction, Co-Motherhood.

Sumario

- I. Notas introductorias.
- II. Primer dilema jurídico. Análisis de la reproducción artificial *post mortem* en el artículo 9 LTRHA.
 - II.1 Ámbito objetivo.
 - II.2 Ámbito subjetivo.
 - II.3 Análisis crítico de la aplicación por el legislador del método jurídico de la ponderación para solucionar el conflicto de intereses planteado.
 - II.3.1 Inseminación artificial *post mortem*.
 - A) Notas previas.
 - B) Revisión de la aplicación legal del método de la ponderación en la inseminación *post mortem*.
 - II.3.2 Transferencia *post mortem* de preembriones.
 - II.4 Análisis de los requisitos legales para la admisión de la reproducción artificial *post mortem*.
 - II.4.1 Respecto a la inseminación artificial *post mortem*.
 - A) Consentimiento del fallecido.
 - B) Plazo temporal para la inseminación.
 - II.4.2 Respecto a la transferencia *post mortem* de preembriones.
 - II.5 Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la reproducción artificial *post mortem*.
 - II.5.1 Problemas de filiación.
 - II.5.2 Problemas sucesorios.
- III. Segundo dilema jurídico. Análisis de la doble maternidad en el artículo 7.3 LTRHA.
 - III.1 Algunas precisiones sobre la admisión de la doble maternidad en la LTRHA.
 - III.1.1 Reflexiones introductorias.
 - III.1.2 Examen de los límites derivados del artículo 7.3 LTRHA.

III.2 Primera premisa. Diferente trato jurídico para el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual respecto a la determinación de la filiación en la LTRHA.

III.2.1 Régimen de acceso a la paternidad en el matrimonio heterosexual.

III.2.2 Régimen de acceso a la maternidad en el matrimonio de mujeres.

III.2.3 Regulación prevista en otros ordenamientos.

III.3 Segunda premisa. Matrimonio de mujeres y no ejercicio del artículo 7.3 LTRHA: límites temporales y formales del precepto.

III.3.1 STS de 5 diciembre de 2013: Primer caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta al artículo 7.3 LTRHA.

III.3.2 Argumentos de la STS de 5 de diciembre de 2013.

III.4 Tercera premisa. Pareja de hecho de mujeres y doble maternidad: límites subjetivos del artículo 7.3 LTRHA.

III.4.1 Exclusión de las parejas de mujeres de la doble maternidad.

III.4.2 STS de 15 enero de 2014: Segundo caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta del artículo 7.3 LTRHA.

III.4.3 Argumentos de la STS de 15 de enero de 2014.

IV. Bibliografía.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

El artículo 7.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA 2006) contiene una remisión a las leyes civiles para regular la materia relativa a la filiación de los nacidos fruto de las técnicas de reproducción asistida. Con tal remisión no se ha pretendido que la normativa del Código Civil sobre filiación se aplique de forma supletoria a las diferentes hipótesis derivadas del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Más bien al contrario: tomando como punto de partida tal normativa del Código Civil la propia LTRHA introduce algunas normas especiales de filiación en ciertas hipótesis cuyas características singulares justifican tal tratamiento especial¹. Ahora bien, el problema que ello plantea, a continuación, y que se analizará al hilo de este trabajo, es si las normas tradicionales del Código Civil encajan bien en un ámbito tan poco previsible para el legislador del siglo XIX como son las técnicas de reproducción asistida. Las reglas especiales de filiación incluidas en la LTRHA, según indica su artículo 7.1, están en los artículos 8, 9 y 10 de la misma². Esta última idea no es totalmente correcta ya que en el artículo 7.3 se recoge otra norma especial de filiación en el supuesto de la doble maternidad (o comaternidad). El artículo 8 recoge algunas normas particulares sobre determinación de la filiación en los casos de fecundación con semen de donante, en el matrimonio y la pareja de hecho heterosexual; el artículo 9 se refiere a la reproducción *post mortem* y, por último, el artículo 10 a la denominada gestación por sustitución.

El objeto del presente trabajo es precisamente el estudio de dos de las normas especiales de filiación introducidas por el legislador, correspondientes a dos hipótesis muy diferentes entre sí. La primera es el ya citado artículo 9 LTRHA, que se ocupa de la reproducción artificial *post mortem*, y que constituye una de las mayores ampliaciones de la autonomía personal en la medida en que implica la decisión de una persona de ser considerado progenitor después de fallecido. No hay la menor duda de que realmente nos encontramos ante un primer gran

¹ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, *Tratado de Derecho de la Familia* (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Cizur Menor, 2011, p.748, y VERDERA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, pp. 217-218.

² Artículo 7.1 LTRHA: “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres artículos siguientes”.

dilema ético y jurídico, y la decisión del legislador español de admitir dicha hipótesis no deja de ser controvertida. De hecho muchos de los ordenamientos de nuestro entorno no han admitido dicha posibilidad. Por una parte, hay un claro conflicto entre varios intereses (mujer que desea procrear, varón que decide ser padre después de su muerte, niño que va a nacer y personas que resultarían afectadas por dicho nacimiento), intereses a los que, sin duda, se ha de proteger. Y, por otro lado, una vez admitida en el ordenamiento español la reproducción *post mortem*, es preciso también buscar soluciones ante la falta de adecuación de las normas tradicionales del Código Civil en materia de filiación y de sucesiones a la nueva realidad que surge con esta hipótesis.

La segunda norma especial de filiación introducida por el legislador que aquí va a ser objeto de estudio es el artículo 7.3 LTRHA, que regula la posibilidad de la doble maternidad a través de la declaración de voluntad de la madre no gestante, manifestada ante el encargado del Registro Civil, consintiendo la determinación a su favor de la filiación respecto del hijo de su cónyuge, nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida. Muchas críticas doctrinales ha recibido tal precepto, no solo por su incorrecta ubicación en el citado artículo 7 y su inadecuada introducción a través de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, sino sobre todo a causa de los estrechos márgenes que ha impuesto el legislador para el acceso a la doble maternidad. Así, se han señalado límites subjetivos (únicamente para matrimonios de mujeres), temporales (tal declaración ha de hacerse necesariamente antes del nacimiento del niño) y formales (ante el encargado del Registro Civil).

Otro tipo de críticas se han dirigido a la misma esencia de la hipótesis de la doble maternidad, en cuanto se apunta que el precepto está afirmando un hecho que biológicamente es falso, de modo que la cónyuge que no da a luz solo podría compartir la maternidad con la cónyuge gestante a través de otras fórmulas distintas, pero no estaría justificada la atribución legal de la maternidad. Por último, y probablemente con el objeto de remediar los límites del precepto antes apuntado, el Tribunal Supremo ha dictado recientes y polémicos pronunciamientos que han abierto la posibilidad de admitir la doble maternidad al margen de la hipótesis legal y, en concreto, al margen de los requisitos previstos por el legislador en el citado artículo 7.3 LTRHA. Así, tal y como se analizará en las páginas que siguen, la doctrina ha sido bastante crítica también con tales pronunciamientos judiciales, en cuanto los mismos, aunque han buscado resolver de modo más o menos justo el acceso a la doble maternidad cuando no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 7.3 LTRHA, lo han hecho desde una

gran confusión sobre los conceptos técnicos recogidos por la normativa de filiación del Código Civil y desde una relajación en la aplicación técnica de dichas categorías jurídicas³. Es innegable que del panorama descrito cabe deducir la calificación de la hipótesis de la doble maternidad como un gran segundo dilema jurídico presente en el ordenamiento español.

Estamos, desde luego, en los casos de la reproducción artificial *post mortem* y de la doble maternidad ante supuestos muy diferentes, de ahí que ello sin duda exija un análisis separado de ambas hipótesis.

II. PRIMER DILEMA JURÍDICO: ANÁLISIS DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM EN EL ARTÍCULO 9 LTRHA

En el ordenamiento jurídico español se regula la reproducción artificial *post mortem*, primero, en el artículo 9 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, con posterioridad, en el vigente artículo 9 de la LTRHA 2006 bajo el enunciado “Premoriencia del marido”⁴. De una forma sintética cabe afirmar que la regla general es la prohibición de tal hipótesis, ya que el párrafo primero solo admite el uso de las técnicas de reproducción asistida en vida de los cónyuges. Pero excepcionalmente se enerva tal prohibición en los párrafos 2.^º y 3.^º, de modo que puede utilizarse el material genético del varón fallecido si se dan dos requisitos: que exista

³ Así se ha pronunciado, con toda la razón, BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, Derecho Privado y Constitución, 2014, número 28, pp. 94-95.

⁴ Artículo 9 LTRHA 2006. “Premoriencia del marido”:

“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad”.

consentimiento por parte del varón a la reproducción artificial tras el fallecimiento y que dicha reproducción se produzca dentro de un límite temporal (doce meses desde el fallecimiento). Pero en realidad aquí la excepción tiene tal amplitud que en la práctica adquiere rango de ley con el mismo contenido y efectos que la aludida regla general⁵.

Como antes he apuntado, ello pone delante de una de las mayores ampliaciones del ámbito de la autonomía personal y, por tanto, ante una ampliación de los instrumentos propios de la autonomía privada sobre los que puede proyectarse la libertad de decisión del individuo⁶. Pero a la vez nos sitúa ante un delicado problema de carácter ético y jurídico en el que han de valorarse los intereses de las partes implicadas en él: los intereses de la persona fallecida, los del futuro recién nacido, el interés de la mujer que desea ser madre y solicita el tratamiento y, por último, los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser (por ejemplo, parientes u otros hijos del fallecido)⁷.

Desde luego es el desarrollo científico-técnico de ciertas técnicas reproductivas, como la fecundación *in vitro* o la crioconservación de esperma o de embriones humanos, el que ha posibilitado, a mediados del siglo XX, la reproducción después de la muerte, aunque la inseminación artificial se viene ejercitando desde el siglo XIX al menos, haciéndose con ello realidad el cuento fantástico, titulado “Hijo del alma”, de Emilia Pardo Bazán⁸.

⁵ ALONSO PÉREZ, M., “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Volumen 2.º, (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1988, p. 19.

⁶ En este sentido CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *La Ley*, 18 de julio de 2011, LA LEY 13920/2011, p. 6 (laleydigital.laley.es).

⁷ A veces puede incluso haber intereses de otras personas, como abuelos. Muy ilustrativo es el caso ocurrido en Israel en el año 2007: Rachel Cohen, madre de un soldado muerto cinco años antes, consigue, tras una larga batalla judicial, autorización para que se conciba un niño con el esperma de su hijo. Ella decide quién va a ser la madre del niño. Cinco años después de su muerte el soldado tendrá un hijo con una mujer a la que ni siquiera ha conocido. Véase en DE LA VÁLGOMA, M., “Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia”, Barcelona, 2003, p. 98.

⁸ En dicho cuento una mujer narra al Doctor Tarfe que el estado físico de su hijo, de ojos vidriosos, sin tono ni vigor, sin fuerza ni vida, se debe a que fue engendrado por su marido siendo ya cadáver. Señala el doctor: “... *La buena crianza me impidió soltar la risa o alguna palabra impertinente; después, un interés humano se alzó en mí; conozco bien las modulaciones de la voz con que se miente, y aquella mujer, de fijo, se engañaba; pero, de fijo también, no mentía*”. “... *Pero yo tuve la caridad de aparentar una fe que científicamente no podía sentir*”. Consultese PARDO BAZÁN, E., “Hijo del alma”, *La Ilustración española y americana*, 1901, núm. 7.

En concreto, la primera inseminación con esperma previamente descongelado que da lugar a un embarazo y a un nacimiento tiene lugar en EE. UU. en 1952. Y el primer nacimiento mediante la fecundación extracorpórea con transferencia de embriones se produce en Inglaterra el 25 de julio de 1978⁹.

II.1 Ámbito Objetivo

Tal y como se desprende con claridad del vigente artículo 9 LTRHA 2006, en él se regulan dos hipótesis diferentes; una, la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto y, dos, la transferencia *post mortem* de preembriones. Por fecundación artificial *post mortem* se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón fallecido por medio distinto al contacto sexual. El segundo supuesto hace referencia a la transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, *post mortem*.

La diferencia entre ambas hipótesis es clara: En el caso de la inseminación artificial se fecunda a la viuda o compañera con semen del varón fallecido, de modo que estaríamos ante un hijo, no póstumo, sino postumísimo, esto es, procreado después de la muerte del padre. Por el contrario, en la transferencia de preembriones el hijo es concebido en vida de ambos padres (*in vitro*), aunque su implantación, gestación y alumbramiento ocurran una vez ya fallecido el padre. De ahí que la denominación de reproducción artificial *post mortem* me parece más adecuada en cuanto abarca ambas hipótesis¹⁰. El objetivo de este trabajo es demostrar que un tratamiento riguroso de la materia regulada en este artículo 9 exige diferenciar el régimen jurídico de los dos supuestos contemplados en él.

II.2 Ámbito Subjetivo

El artículo 9 LTRHA 2006 se refiere, literalmente, a que podrán prestar su consentimiento al uso de su material reproductor tras su muerte, o a la transferencia de preembriones ya constituidos antes del fallecimiento,

⁹ Toda esta información ampliada en ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva”, Cizur Menor, 2003, pp. 30 ss.

¹⁰ Considera más precisa también tal terminología INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 835.

tanto el marido como el varón “no unido por vínculo matrimonial”. Llama la atención, sin duda, que el precepto ni exija la convivencia *more uxorio* entre varón y mujer ni mucho menos el requisito de que se esté ante una pareja estable. Lo más lógico es que se refiera a parejas no casadas que conviven *more uxorio*, aunque realmente la vaguedad de la expresión conduciría a que pudiera caber en ella el consentimiento de cualquier varón para la reproducción *post mortem* con cualquier mujer¹¹.

Puesto que se habla de “*fallecimiento del marido*” o del “*varón no unido por vínculo matrimonial*” ha de descartarse que la ley española contemple el caso de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer, y sea aquel el que solicite que se implante el preembrión constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer. Se ha subrayado que tal posibilidad no sería coherente con el artículo 10 LTRHA, que afirma la nulidad de la gestación por sustitución en su párrafo primero (“*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”)¹². También por esta misma razón y por la utilización por el artículo 9 LTRHA del término “*cónyuge supérstite*”, ha de quedar fuera la posibilidad de que ambos cónyuges o compañeros de hecho fallezcan y que el preembrión sea transferido o implantado en el útero de otra mujer¹³.

¹¹ Mucho mayor rigor técnico tiene, a mi juicio, el artículo 235-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, que regula en su párrafo segundo la fecundación asistida después “*del fallecimiento del hombre que convivía con la madre*” (BOE 21 agosto 2010, núm. 203, p. 73429, y DOGC 5 agosto 2010, núm. 5686, p. 61162). Aunque explica GETE-ALONSO y CALERA, M. C., “*Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*”, Valencia, 2003, p. 197, refiriéndose a este mismo requisito del ya derogado Código de Familia de Catalunya, que la norma ni exige una unión estable de convivencia ni un periodo determinado de duración de la misma, por lo que en teoría podría ser de breve duración.

¹² En este sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “*La reproducción asistida y su régimen jurídico*”, Madrid, 2012, p. 103, y LÓPEZ PELÁEZ, P., “*Filiación y reproducción asistida*”, *Derecho de la Persona* (coordinador I. Ravetllat), Barcelona, 2011, p. 105. Esta última apunta que llama la atención que el hombre no pueda solicitar la reproducción *post mortem* tras la muerte de su mujer o compañera, en la medida en que también el varón tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad, e igualmente está capacitado para darle al hijo todas las condiciones para su adecuado desarrollo.

¹³ Así SERRANO ALONSO, E., “*El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem*”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, p. 378. Parece, no obstante, que en el Proyecto de Ley que da lugar a la ya derogada

Pero no son las anteriores las únicas hipótesis que quedan excluidas de la regulación española de la reproducción artificial *post mortem*. En primer lugar, al hacerse alusión expresa en el precepto a que el varón consienta la utilización de “*su material reproductor*”, queda fuera la prestación del consentimiento por parte del difunto para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto¹⁴. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, suscita dudas la transferencia de un preembrión al útero de la madre con posterioridad a la muerte del marido o compañero, cuando tal preembrión, aunque concebido en vida de aquellos, ha sido obtenido por gametos donados por un tercero. Aunque realmente en la letra de la ley cabría la admisión de este último supuesto, no es indudable que deba incluirse si esta posibilidad de donación de gametos ha quedado fuera en el caso de la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto, salvo que se entienda más razonable, como seguramente lo es, la solución de la inclusión, en cuanto aquí confluyen en una misma dirección el deseo de procrear de la mujer y la tutela del embrión preexistente. Por el contrario, admiten la reproducción artificial *post mortem* en un número de casos más amplio que la ley española tanto los ordenamientos inglés¹⁵ como holandés¹⁶.

Ley de Reproducción Asistida de 1988 se admiten dos casos que implican alquiler de úteros: uso del óvulo de mujer fallecida por el varón y uso de embrión cuando ambos cónyuges o convivientes han fallecido.

¹⁴ De nuevo refiriéndose a la regulación existente en el derogado Código de Familia de Catalunya, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Determinación de la filiación”, cit. pp. 73 y 197, justifica esta exclusión en el carácter excepcional de la reproducción artificial *post mortem*: esta figura carece de sentido y causa cuando se lleva a cabo con gametos de un donante porque en este último caso faltaría una mínima vinculación con el fallecido que permita explicar tal situación singular.

¹⁵ Ya en 1990 la *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) permite tanto la inseminación artificial *post mortem* como la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del padre. Ahora bien, en estos dos casos no se atribuye el *status filii* al hijo nacido como consecuencia de dichas prácticas, fundamentalmente por los problemas sucesorios que ello podía traer. Esta ley ha sido objeto de varias reformas para ampliar el ámbito de esta hipótesis y, en concreto, en 2003 se modifica la HFEA 1990 para que fuera posible el registro del fallecido como padre del niño, a raíz del caso *R v. HFEA ex parte Blood* [1996] WLR 1176 (HC), [1997] 2 All ER 687 (CA), [1997] 2 FLR 742. Poco después de que *Mr. and Mrs. Blood* hubieran decidido tener hijos, *Mr. Blood* enferma de gravedad. Rápidamente cae en coma y *Mrs. Blood* convence a los médicos para que extraigan y guarden el esperma para un futuro uso. *Mr. Blood* nunca consintió el uso de su esperma para después de su muerte, de modo que según el ordenamiento inglés debía rechazarse la autorización para que la viuda se inseminara con dicho esperma. El Tribunal de Apelación, sin embargo, la autoriza a llevarse el esperma a Bélgica y a ser inseminada allí, no en base a la HFEA 1990, sino por el derecho a obtener servicios médicos en otro Estado miembro dentro de la Unión

En segundo lugar, tal y como se desprende del artículo 9 LTRHA, este solo regula la reproducción artificial *post mortem* en el caso de un matrimonio o pareja heterosexual. La literalidad del precepto, entre otras razones, impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Si se trata de dos hombres, la admisión de esta hipótesis chocaría contra la aludida prohibición legal de

Europea. Tras esta decisión judicial la cuestión era si, y cómo, el padre fallecido de un niño podía ser nombrado en el certificado de nacimiento. De ahí que la HFEA 1990 se modifica para que el marido fallecido pueda ser inscrito por la madre como padre del niño, dentro de los cuarenta y dos días siguientes al nacimiento, tanto en caso de que la mujer haya sido inseminada artificialmente después de la muerte con su esperma como en caso de que se le haya transferido *post mortem* un embrión creado con dicho esperma, o con esperma de donante, antes de la muerte del marido. Tal posibilidad también se extiende a la pareja de hecho masculina de la mujer. Pero en ambas hipótesis se requiere que el varón fallecido haya dado su consentimiento por escrito al uso, tras su fallecimiento, de los gametos o a la implantación del embrión y a ser inscrito como padre del niño fruto de tales técnicas, además de que no haya retirado su consentimiento antes de su muerte. No obstante, la inscripción del varón como padre del niño no tiene consecuencias jurídicas en cuanto al reconocimiento de derechos sustantivos al menor sino que solo posee un efecto simbólico [consúltese *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003* [HFEA 1990 s28 (5A) to (5I) and s29]. Con posterioridad, en 2006, el Departamento de Salud británico hace una serie de propuestas para una nueva revisión de la legislación en esta materia, que finalmente se hace a través de la *Human Fertilisation and Embryology Act de 2008* (c.22), que entra en vigor en abril de 2009 (<http://www.legislation.gov.uk>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Esta normativa incluye disposiciones similares a las inmediatamente señaladas de 2003 [HFEA 2008 s39: uso de esperma, o transferencia de embrión, después de la muerte del hombre que ha aportado el esperma; s 40: embrión transferido después de la muerte del marido o compañero que no ha aportado el esperma]. Y el registro del varón como padre del niño, siempre y cuando la mujer lo consienta tras el nacimiento, continúa poseyendo únicamente efectos simbólicos. No existe obligatoriedad de la madre para inscribir al marido o pareja como padres del niño. Pero la madre, señala PROBERT, R., "Cretney and Probert's Family Law", London, 2009, p. 232, tampoco tiene una absoluta libertad de elección: así, si existe otra persona que, de acuerdo a las reglas legales, está legitimada para ser tratada como madre del niño entonces se prioriza tal paternidad y el fallecido no puede ser inscrito como padre del niño. Y ello en virtud del principio del interés del menor, para que no haya una "doble paternidad". Por ejemplo, si otra persona puede ser tratada como madre del niño en virtud de la institución de la adopción. O si al tiempo de la implantación del embrión la madre ya está casada con otra persona y para la creación del embrión no se ha utilizado su esperma, entonces el nuevo cónyuge será considerado como padre del niño a menos que pruebe que no consintió la implantación. Explica VONK, M., "Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law", Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 46 y 157 que si la madre no inscribe al marido o pareja (tanto si es formalizada como si no lo es) como padre del niño, este último no dispone ya de ningún medio para determinar la paternidad del hombre, tanto si es el padre biológico como si no lo es. Según el autor este hecho queda justificado ante los efectos meramente simbólicos del registro, de modo que la no inscripción de la paternidad no priva al niño de más derechos legales que si estuviese inscrita. Véase

la gestación por sustitución, ya que aquellos siempre necesitarían el útero de una mujer. Si son dos mujeres esta misma objeción en principio no existiría. Se ha mantenido que la cuestión debería resolverse por el artículo 7.3 LTRHA¹⁷ y no por el artículo 9 de esta ley, de modo que si una mujer, antes del nacimiento del hijo de su cónyuge, da su consentimiento para que el niño sea considerado hijo suyo y después fallece, quedará determinada la filiación póstuma, argumentándose que no cabe entender que los efectos del consentimiento se extingan con su muerte¹⁸. Pero realmente el artículo 7.3 LTRHA no está pensando en la hipótesis de la reproducción artificial *post mortem*, para la que además se necesita dar un consentimiento específico para el uso, posterior a la muerte, de las técnicas de reproducción asistida. Por ello cualquier duda relativa a la reproducción artificial *post mortem* ha de resolverse en virtud del artículo

más información en HALE, B./PEARL, D./GOKIE, E./ MONK, D., “The family, Law & Society”, Oxford, 2009, p. 435, y GILMORE, S./GLENNON, L., “Hayes and Williams’Family Law”, Oxford, 2012, p. 367.

¹⁶ El artículo 1:207 del *Dutch Civil Code* (BW), aplicable según la doctrina al uso de las técnicas de reproducción asistida después de la muerte del marido o pareja de hecho (tanto la registrada como la no formalizada), con su esperma o mediante la transferencia de un embrión creado con el esperma de aquellos o con el de un donante, señala que la madre y/o el niño pueden solicitar, tras el fallecimiento, que se determine judicialmente la paternidad de un hombre sobre la base, o bien de la paternidad biológica, o bien sobre la base de que durante el tiempo que convivió con la madre consintió un acto que podría tener como resultado posible el nacimiento de un niño. Consultese en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> (fecha de consulta: diciembre 2014). El marido o compañero debe haber autorizado el uso de su esperma o del embrión tras su fallecimiento, según requiere el artículo 7 *Embryowet* 20 juni 2002. Ahora bien, al contrario que en Inglaterra, no es preciso que den su consentimiento para ser inscritos como padres del niño. En el ordenamiento holandés, a diferencia del inglés, la determinación judicial de la paternidad puede tener consecuencias jurídicas, no solo con relación al status de hijo respecto al padre, sino también respecto a ciertos lazos con la familia paterna, por ejemplo, en cuanto al apellido, nacionalidad y derechos hereditarios que correspondan al padre en la herencia de los abuelos. Pero la determinación de la paternidad no posee efectos con referencia a los derechos sucesorios del hijo en la herencia del padre fallecido, ya que la muerte se ha producido antes de que la madre quede embarazada. Este hecho impide que pueda aplicarse el artículo 1: 2 BW, según el cual un niño todavía en el útero de su madre es considerado ya nacido cuando su interés lo requiere. Consultese VONK, M., “Children and their parents”, cit. pp. 55-56, 58, 61, 63, 157 y 159.

¹⁷ Así, el artículo 7.3 LTRHA 2006 prevé que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio cónyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Como puede apreciarse, el tenor literal del artículo excluye de su ámbito a las parejas de hecho de mujeres. Este precepto es objeto de estudio en la segunda parte de este trabajo.

¹⁸ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 843.

9 LTRHA. Y este precepto, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, no parece permitir la fecundación artificial *post mortem* en la que intervenga el semen de un donante seguramente para garantizar la existencia de una vinculación mínima entre la persona fallecida y el niño. Y, claro, la intervención de donante es imprescindible en el caso de dos mujeres (en este último supuesto solo existiría la vinculación mínima aludida si el preembrión se hubiera constituido con los óvulos de la fallecida). Cuando en el año 2007 se introduce el artículo 7.3 LTRHA no se hace ninguna modificación en el artículo 9 de la misma en el sentido de permitir la reproducción *post mortem* para matrimonios de mujeres. De nuevo permiten la extensión desde el punto de vista subjetivo de reproducción *post mortem* a matrimonios y parejas de mujeres los ordenamientos inglés¹⁹ y holandés²⁰.

¹⁹ La *Human Fertilisation and Embryology Act de 2008* (c.22), como gran novedad, extiende la reproducción *post mortem* a la *partner* femenina de la mujer (formen parte o no de una unión civil registrada) a la que se le va a transferir el embrión constituido antes del fallecimiento de su pareja con donación de semen de un tercero, de modo que aquella puede tener el status de progenitora legal de un hijo que no ha conocido por haber fallecido antes del nacimiento del niño (HFEA s 46). Este artículo no se aplica, en cambio, en los casos en que la inseminación artificial con esperma de donante se haga después del fallecimiento de la compañera de la madre biológica. La *partner* ha de consentir, por escrito, la transferencia del embrión a la madre después de su fallecimiento y además ser considerada como progenitora del niño. Un último requisito que se añade a los dos anteriores es que la madre que da a luz ha de manifestar su opinión favorable, en el plazo de cuarenta y dos días desde el nacimiento del niño, a que su *partner* sea tratada como progenitora del niño. Ahora bien, el registro es puramente simbólico y la persona fallecida no es considerada como progenitora para cualquier otro propósito (por ejemplo, a efectos hereditarios). Y como ya se ha visto en el caso de la reproducción *post mortem* del varón, la madre tampoco tiene una absoluta libertad de elección, en virtud del interés superior del menor, a la hora de decidir si quiere que su pareja finalmente sea tratada como progenitora del niño. Véase más información en PROBERT, R., "Cretney and Probert's Family Law", cit. pp. 231-232, y GILMORE, S./GLENNON, L., "Hayes and Williams' Family Law", cit. p. 369. Tras la aprobación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, que permite contraer matrimonio a las parejas homosexuales, se ha introducido alguna modificación en la s. 46 HFEA, de modo que, además de permitirse la reproducción artificial *post mortem* de parejas femeninas que forman parte o no de una unión civil registrada, también se admite la de mujeres que han contraído matrimonio, exactamente con los mismos requisitos que cuando se introduce tal posibilidad en 2008 para las parejas de hecho.

²⁰ En Holanda, a partir del 1 de abril de 2014, la combinación de dos leyes (*Act on Lesbian Parentage* de 25 de noviembre de 2013 y la *Act Removing a Number of Differences between Registered Partnership and Marriage* de 27 de noviembre de 2013) permite que la cónyuge o la pareja registrada de la madre biológica se convierta por imperativo de la ley en madre legal del niño si ambas presentan una declaración de la *Donor Data Foundation* en el registro de nacimiento del niño (que deberá practicarse dentro de los tres días posteriores a dicho nacimiento). Esta declaración debe afirmar que a la madre biológica se le han aplicado técnicas de reproducción asistida en una clínica autorizada por la *Donor Data Act* y que la identidad del donante de esperma es desconocida para ella. Pero en caso de que la esposa

II.3 Análisis crítico de la aplicación por el legislador del método jurídico de la ponderación para solucionar el conflicto de intereses planteado

II.3.1 Inseminación artificial post mortem

En este epígrafe solo voy a referirme al primer supuesto regulado en el artículo 9 LTRHA 2006, esto es, la inseminación de la viuda o compañera del difunto con gametos de este tras su fallecimiento.

A) Notas previas

Es fácil determinar que en la hipótesis de la inseminación artificial *post mortem* existe un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda o compañera de hecho y el interés del hijo a nacer con progenitores que le presten asistencia de todo orden durante la minoría de edad²¹. El legislador, cuando ha regulado la materia de las técnicas de reproducción asistida ha aplicado, aunque sea de modo implícito, el método jurídico de la ponderación para solucionar cuál de los principios (bienes, valores o intereses) contrapuestos en el caso planteado debe prevalecer. Como resultado de cada ponderación es posible formular una regla de prevalencia que exprese las condiciones bajo las cuales un principio tiene preferencia sobre el contrario²². En el artículo 9 LTRHA 2006 se ha

o compañera registrada fallezca antes del nacimiento del niño, ella nunca llegará a ser reconocida como madre legal del niño por esta concreta vía legal, en la medida en que la ya citada declaración de la *Donor Data Foundation* tiene que ser presentada en el mismo momento del registro del nacimiento del niño por las cónyuges o los dos miembros de la pareja. Pero podría, a petición de la madre biológica y/o del hijo, determinarse judicialmente la maternidad legal de la fallecida que consintió la concepción del hijo de su cónyuge o compañera de vida, en virtud del ya analizado artículo 1:207 del Código Civil holandés. Véase CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2014, pp. 361-363 y 367.

²¹ Es cierto que en esta hipótesis hay, además, otros intereses en juego; así, los intereses del fallecido y los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser. Pero el legislador ha dado respuesta a los mismos en el artículo 9 LTRHA 2006 acudiendo a expedientes distintos. Por un lado, protege los intereses del fallecido exigiendo que este dé el consentimiento al uso del material genético tras su fallecimiento por unos cauces determinados. Respecto a los intereses de personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser; sobre todo derechos hereditarios de parientes, estos quedan tutelados mediante la exigencia legal de que la inseminación artificial *post mortem* de la viuda o pareja haya de producirse dentro de un plazo temporal determinado.

²² Así RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo", Madrid-Barcelona, 2000, p. 150.

concluido que ha de prevalecer el derecho a procrear de la viuda o compañera del fallecido, siempre que exista consentimiento por parte del fallecido a la utilización *post mortem* de su esperma –otorgado por diversos cauces– y que la inseminación de la mujer se produzca en un determinado plazo de tiempo desde el fallecimiento.

Tal decisión de admitir la fecundación *post mortem* parece coherente en principio con el fundamento en que el legislador español ha sustentado las técnicas de procreación artificial, esto es, en un hipotético derecho a la procreación y no en el derecho a la salud, entendido este, más allá de la ausencia de enfermedad, como bienestar físico o psicológico. Así, el artículo 1 LTRHA 2006 no hace referencia ya, frente a la redacción inicial de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, a que la finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida sea la eliminación de la esterilidad. En cambio, si un legislador opta por fundamentar tales técnicas en el derecho a la salud y restringirlas a los casos de existencia de indicaciones médicas, porque exista una esterilidad irreversible o porque haya posibilidad de transmitir enfermedades hereditarias a los futuros hijos, no tiene cabida el acceso a las técnicas de mujeres solteras sin pareja y de viudas²³. Esta última opción es la elegida en otros ordenamientos, como el francés, el italiano, el alemán o el portugués²⁴.

²³ En este sentido ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, p. 26.

²⁴ En Francia se prohíbe tanto la inseminación como la transferencia de embriones *post mortem*. Ello deriva de dos datos: Primero, se exige que los usuarios de tales técnicas deben estar vivos y, segundo, de modo expreso se señala que la muerte de uno de los miembros de la pareja impide la inseminación y la transferencia de embriones (así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, reforzado por el apartado 3 del artículo 311-20 del Código Civil, que señala que el consentimiento deviene ineficaz en caso de muerte antes de la realización de la procreación médica asistida) (consultese en <http://www.legifrance.gouv.fr>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Sobre el tema véase VOIRIN, P./GOUBEAUX, G., “Droit Civil”, Tomo 1. París, 2007, p. 167. En segundo lugar, en Portugal se prohíbe de forma expresa la inseminación con semen del marido fallecido o del compañero, incluso aunque estos hayan consentido antes de la muerte (artículo 22.º 1 de la *Lei n.º 32/2006*, de 26 de Julho, *Procriação medicamente assistida*) (publicada en *Diário da República*, 1.ª Série-N.º 143-26 Julho de 2006) (<http://www.cnpma.org.pt>) (fecha de consulta: diciembre 2014), pero, en cambio, el párrafo tercero del citado artículo autoriza la transferencia al útero materno de embriones resultantes de una fecundación *in vitro* efectuada en vida de su esposo o compañero, si ha transcurrido un plazo que posibilita una adecuada ponderación de la decisión. Por último, los ordenamientos italiano y alemán se caracterizan por las dudas existentes acerca del alcance de la prohibición. En este sentido el artículo 5 de la Ley italiana de 19 febbraio 2004 núm. 40

Es, pues, claro que el legislador español ha optado, mediante la aplicación implícita del método de la ponderación, por hacer prevalecer el derecho de la mujer a procrear, pareciendo innecesario afirmar que, una vez que el legislador ha decidido a favor de una de las posibilidades, a tal preferencia quedan vinculados tanto los órganos judiciales como el poder ejecutivo²⁵. Pero ello no significa en ningún caso que el resultado de tal ponderación no pueda ser objeto de análisis crítico doctrinal, como aquí va a hacerse a continuación, en la medida en que estimo que caben dudas racionales acerca de la constitucionalidad de tal decisión. En concreto, estimo que la admisión por el legislador de la inseminación artificial *post mortem* puede vulnerar tanto el párrafo tercero como el cuarto del artículo 39 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

B) Revisión de la aplicación legal del método de la ponderación en la inseminación *post mortem*

Con el fin de evitar o mitigar los peligros que el método jurídico de la ponderación lleva consigo, es preciso seguir tres pasos ordenados en su

sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (publicada en *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febrero 2004) (<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>) (fecha consulta: diciembre 2014) establece como requisito subjetivo para acceder a tales técnicas estar vivo. Y el artículo 12.2 fija una sanción administrativa pecuniaria para quien posibilite el acceso a las técnicas de procreación asistida, entre otros casos, a parejas cuyos miembros no estén vivos. Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *La Ley*, 4 enero 2005, número 6161, p. 13 (laleydigital.laley.es), no queda claro cuál es el objeto de la prohibición legal, si solo se prohíbe la fecundación *post mortem*, o también la transferencia de preembriones ya existentes al tiempo del fallecimiento del marido o conviviente. Critica esta falta de claridad de la normativa italiana IAPICHINO, L., “La procreazione artificiale”, *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV (director G. Cassano), Milano, 2006, p. 175. En Alemania el parágrafo 4 de la *Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990* señala que será castigado hasta con tres años de privación de libertad o sanción pecuniaria quien, conscientemente y mediante un procedimiento artificial, fecunde un óvulo con el espermatozoide de un hombre tras la muerte de este; no castigándose en el precepto a la mujer que se someta al proceso de fecundación artificial (véase en <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/4.html>) (fecha consulta: diciembre 2014). Matiza ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica”, cit. p. 365, que la prohibición no se extiende a la implantación del óvulo fecundado antes de la muerte del varón. Dada la imposibilidad de aplicación analógica de la normativa penal, la solución más adecuada es permitir que la viuda geste los embriones obtenidos en el tratamiento de fertilidad anterior al fallecimiento. Sin duda esta solución es más coherente con la finalidad de la normativa, que trata de proporcionar al embrión una protección mínima. Sobre el parágrafo 4 consultese JUNGFLEISCH, F., “Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive”, Berlín, 2005, pp. 89-90.

²⁵ LARENZ, K., “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Barcelona, 1994, p. 339.

aplicación para que dicho método sea riguroso y disciplinado²⁶: Así, en primer lugar, ha de procederse a la identificación de los principios en conflicto. Por una parte, el derecho de procrear de la mujer. Lo que resulta claro es que un derecho como tal no aparece recogido de modo explícito en la CE 1978, de modo que se ha propuesto su reconocimiento implícito en alguno de los preceptos constitucionales: o bien en el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE, o bien en el principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE, o bien en el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE²⁷. A mi juicio la perspectiva más correcta es la que mantiene una conexión clara entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE. Se trata de un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, de modo libre y responsable, entre las diversas opciones de vida, siguiendo sus preferencias. Proyectado al tema aquí analizado, significa el reconocimiento a toda persona de un ámbito de decisión en torno a si procrea o no un hijo²⁸.

No hay tampoco un reconocimiento del derecho autónomo a procrear ni en las declaraciones internacionales de derechos civiles ni en las constituciones nacionales de otros países, con contadas excepciones²⁹. Pero sí que se recoge en diversas declaraciones internacionales el derecho a fundar una familia. Así, a título ejemplificativo, en el artículo 16.1 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 o en el artículo 23 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Cabe preguntarse si debería eliminarse cualquier límite que impida la voluntad de procrear de la mujer desde el respeto a los derechos de esta a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales, tal y como apunta la Exposición de Motivos de la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de

²⁶ Señala estos tres pasos RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La ponderación de bienes”, cit. p. 48.

²⁷ Véase más detenidamente en RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “Reproducción artificial *post mortem*. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Valencia, 2013, pp. 33-37.

²⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación”, cit. pp. 1-2, y MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario a la STS 29 de mayo de 2003”, CCJC, 2004, núm. 64, p. 215.

²⁹ En este sentido, FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones”, Barcelona, 2011, pp. 58-59. Pero, a su juicio, ello no impide que se tutelen las decisiones relativas a la procreación en ciertas circunstancias, en cuanto afectan a un derecho fundamental.

Reproducción Asistida. No obstante, la doctrina parece de acuerdo en que el hecho de contraer matrimonio o el hecho de formar una pareja estable no otorgan a los cónyuges o convivientes el derecho a tener hijos, simplemente les atribuye el derecho-deber de realizar los actos sexuales necesarios para procrear. Por ello, el derecho a procrear, entendido como el derecho a los hijos, no existe ni de forma implícita ni en términos absolutos, sino que lo que hay es un derecho a llevar a cabo los actos naturales propios de la procreación que pueden dar lugar o no, según cada caso, a la generación de un nuevo ser³⁰.

En cualquier caso, parece claro que el Estado no podría nunca interferir en las decisiones de procrear de una persona³¹. También existe acuerdo en que no hay reconocido un derecho general de acceso a la reproducción asistida en el sentido de que pueda exigirse al Estado que permita tal acceso a toda persona y en toda circunstancia³². Diferentes argumentos permiten apoyar esta última afirmación. Además de que no hay un instrumento internacional que contemple tal derecho de forma explícita y con carácter vinculante, se ha sostenido que la reproducción no puede considerarse una necesidad básica que haga surgir un deber de satisfacerla, ya que tener hijos no es un requisito imprescindible para desarrollarse como persona³³. Otro argumento alegado es que los recursos son limitados y que las elecciones deben adecuarse a la limitación de dichos recursos, tal y como ha mantenido el Comité Director de Bioética (CDBI) del Consejo Europeo; aunque a la vez sostiene que no

³⁰ GÁMIZ SANFELIU, M., “Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Actualidad Civil*, 2009, número 10, La Ley 11701/2009, p. 5 (laleydigital.es).

³¹ FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. pp. 59 ss. La autora hace referencia tanto a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las del Tribunal Constitucional español, que suelen sostener que el derecho de una persona a planificar su reproducción por medios naturales forma parte del derecho a la intimidad familiar.

³² Así lo sostiene para el ordenamiento español PANTALEÓN PRIETO, F., “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, Trivium, p. 275. Parece una cuestión pacífica la inexistencia de un derecho fundamental de acceso a tales técnicas, incluso, como señala FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción”, cit. p. 67, entre los sectores feministas.

³³ WARNOCK, M., “Making babies? Is there a right to have children?”, Oxford, 2002, pp. 27-29.

debería ignorarse también la solidaridad social en el caso de aquellas personas que sufren infertilidad³⁴.

Por otra parte, el segundo principio en conflicto se refiere al menor que va a nacer. En relación con este, no puede afirmarse que haya, en sentido riguroso, un derecho del niño a nacer con unos progenitores que derive del artículo 39.3 CE (*“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*)³⁵. Dicho precepto es uno de los *“Principios rectores de la política social y económica”* (ubicados en el Capítulo III del Título I CE). El artículo 53.3 CE establece el régimen general de eficacia de dichos principios, de modo que este último precepto impone tanto al legislador como a los órganos de aplicación del derecho el reconocimiento, el respeto y la protección de los mencionados principios. Estos principios son, pues, mandatos vinculantes dirigidos al legislador y no poseen como finalidad el reconocimiento directo de derechos subjetivos de los ciudadanos³⁶. En concreto, el artículo 39.3 CE implica un mandato vinculante al legislador para que garantice la protección de los menores, en especial, la asistencia adecuada por parte de sus progenitores. Es decir, del precepto no deriva un derecho del niño, pero sí un interés cierto que ha de ser tutelado. Además, el mandato de actuación favorable de los poderes del Estado a dichos principios contiene de modo implícito la prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique a aquellos³⁷. Por consiguiente, a mi juicio podría declararse inconstitucional una ley con una regulación que condujera a un resultado opuesto a lo que el artículo 39.3 CE declara deseable.

³⁴ STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI), “The protection of the Human Embryo *in vitro*”, *Report by the Working Party on Protection of the Human Embryo and Fetus* (CGBI-CO-GT3), Strasbourg, Council of Europe, p. 11 [[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3 \(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3 (2003)13E.pdf)].

³⁵ SINGER, A., “The right of the child to parents”, *Family Law and culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (ed. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, pp. 138-139, se plantea a lo largo del trabajo si cabe hablar de un derecho de los niños a los padres que pueda reconocerse como un derecho fundamental. Señala que la afirmación de que los niños tienen derecho a los padres habría de conducir al reconocimiento de un deber correspondiente que asegurara que al niño le son dados unos padres.

³⁶ CASAS BAAMONDE, M. E., “De los derechos y deberes fundamentales”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, p. 174.

³⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Comentario al artículo 53.3 CE”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, pp. 1187-1188.

Evidentemente, no entiendo que la admisión de la reproducción artificial *post mortem* vulnere el artículo 39.3 CE porque tal hipótesis está privando al menor de un determinado tipo de familia. El artículo 39 CE, y así lo ha mantenido el Tribunal Constitucional, no está contemplando un modelo específico de familia identificando la misma con la familia biparental y matrimonial³⁸. La razón se halla en que el legislador no garantiza de forma suficiente al menor que va a nacer este deber de los progenitores de prestar asistencia de todo orden a los hijos, en cuanto el legislador hace posible programar la venida al mundo de un niño sin un progenitor que haya de cumplir frente a él dicho deber fundamental³⁹. Es cierto que en esta hipótesis de la reproducción artificial *post mortem* el niño, frente a la gestación de mujer sola, sí va a tener un padre conocido; tendrá determinada, por tanto, la filiación paterna y la relación de parentesco con la familia del padre⁴⁰. Pero, tal y como se ha señalado, la idea de paternidad contemplada en el artículo 39 CE, y que luego se concreta en la regulación de la patria potestad del artículo 154 del Código Civil, es la de paternidad-función. Al menor fruto de la reproducción artificial *post mortem* se le está atribuyendo, al nacer sin uno de los progenitores, la

³⁸ Así claramente lo manifiesta en la STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116), que resuelve el recurso 376/1989 presentado por diputados del Partido Popular contra la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988.

³⁹ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, pp. 154-155; LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España* (coordinadora A. Díaz Martínez), Madrid, 2006, pp. 155-156, y CORRAL TALCIANI, H., “La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, núm. 1, p. 22.

⁴⁰ Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La procreación artificial *post mortem*”, RJC, 1987, núm. 3.º, pp. 878-879. En el caso de la gestación de mujer sola todavía continúa siendo polémica la cuestión de la constitucionalidad del anonimato del donante de esperma. El artículo 5.5 LTRHA 2006 señala que los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes, que no incluye su identidad. Solo se prevé, como excepción, la revelación de la identidad de los donantes cuando existan circunstancias extraordinarias que impliquen un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, y tal revelación sea indispensable con el fin de evitar el peligro o para la obtención del fin legal señalado. En todo caso dicha revelación no implicará en ningún caso publicidad de la identidad del donante. Desde luego pueden estar aquí en juego el derecho de toda persona a conocer quiénes son sus progenitores y, también, se ha apuntado, el derecho básico de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos que les conciernen. En este último sentido ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica”, cit. pp. 273-274. Por su parte apunta FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción”, cit. pp. 252-255, que el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes no tiene que evolucionar necesariamente hacia un vínculo

relación de filiación de manera formal respecto al fallecido⁴¹. Se ha hablado de una presencia simbólica del progenitor pero no de una presencia real⁴². Además de que, por supuesto, el deber paterno de prestar asistencia recogido en la CE y en el Código Civil no queda restringido a la satisfacción de necesidades materiales del menor.

Se ha alegado, a favor de la procreación artificial *post mortem*, que también en el ámbito de la procreación natural se producen casos en que un niño, o bien tiene que vivir sin el cuidado de sus progenitores (por ejemplo, es huérfano), o bien desconoce quién es su progenitor (así, la madre se niega a revelar la identidad del varón con quien tuvo relaciones sexuales)⁴³. Pero la diferencia se encuentra en que el nacimiento de un niño sin uno de los progenitores en el caso de la reproducción artificial *post mortem* es un hecho previsible y evitable para el legislador.

La admisión de la fecundación artificial *post mortem* por parte del legislador español podría conculcar, además del mencionado párrafo 3.º del artículo 39 CE, el párrafo 4.º de dicho precepto, que establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En este sentido interesa especialmente mencionar el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo párrafo primero en su inciso final menciona expresamente el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible. El legislador español, al considerar admisible el nacimiento de un niño que desde el inicio no va a contar con la asistencia y cuidados de uno de los progenitores, está otorgando a los menores una protección menor a la dispensada por dicho acuerdo internacional. Es importante la puntualización que hace el precepto con la expresión

jurídico con el progenitor o progenitores. Contrastá la regulación actual de la reproducción asistida en este aspecto frente a la existente en la adopción, en cuanto el artículo 180.5 del Código Civil español sí reconoce el derecho de los adoptados a conocer los datos sobre los orígenes biológicos. Subraya esta misma autora (“La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos”, *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Madrid, 2014, pp. 119-120) que el diferente alcance del derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y en la resultante del acceso a las técnicas de reproducción asistida no está justificado ni desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni desde la tendencia actual del Derecho Comparado, tendente a eliminar el anonimato del donante.

⁴¹ En este sentido se pronuncia ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica”, cit. p. 377.

⁴² GARIBO, A.-P., “Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?”, *Biología y Posthumanismo* (coordinadores I. Ballesteros y E. Fernández), Cizur Menor, 2007, p. 496.

⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La procreación artificial”, cit. p. 879.

“siempre que sea posible”, ya que es obvio que en el ámbito de la procreación natural el legislador no puede evitar que uno de los progenitores fallezca, o que uno de los progenitores se marche a vivir al extranjero tras el divorcio o la separación. Pero en el ámbito de la procreación artificial sí puede el legislador, como he subrayado ya antes, prever y evitar que un menor nazca sin la asistencia de uno de los progenitores.

Una vez identificados los principios que han de estimarse merecedores de ser incluidos dentro de la ponderación (derecho de la mujer a procrear e interés del niño a que se le garantice la asistencia de sus progenitores), ha de procederse a asignar a cada uno de ellos el peso que, en función de las circunstancias concurrentes, deba corresponderles⁴⁴. Se trata en esta segunda fase de dar argumentos sobre el grado de incumplimiento del principio que, luego, en una tercera fase, se hará retroceder y sobre la importancia del cumplimiento del principio al que se otorgará prevalencia. Para ello hay que hallar datos fácticos y jurídicos relevantes que fundamenten la corrección argumentativa. A mi juicio ha de prevalecer el interés del hijo a que no se le prive de nacer con un progenitor que pueda cumplir frente a él el deber de asistencia de todo orden. Cabe dar tres argumentos, al menos, a favor de tal decisión; dos de carácter fáctico y uno jurídico. El primer dato fáctico es que la mujer no ve impedida su posibilidad de tener hijos si se limita su derecho a ser inseminada artificialmente con el esperma de su marido o compañero fallecido; nada impedirá que pueda casarse o mantener relaciones con otras personas con las que pueda tener descendencia. Habrá, pues, otra manera de satisfacer el interés, por supuesto digno de atención, de la madre de tener descendencia. El segundo dato, también de carácter fáctico, es el concreto sujeto que se encuentra como protagonista en uno de los polos del conflicto; se trata de un menor de edad, que por su posición de debilidad necesita una especial protección por parte del ordenamiento jurídico.

⁴⁴ Se ha señalado por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Comentario al artículo 53.3 CE”, cit. p. 1190, que otra importante función que cumple la incorporación de los Principios Rectores de la Política Social y Económica (artículos 39 a 52 CE) es que permiten justificar limitaciones de derechos fundamentales u otros bienes constitucionales necesarias para la protección de estos principios rectores. Según mantiene el Tribunal Constitucional el contenido de los derechos fundamentales solo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que tengan reconocimiento constitucional. Así las SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990/129) (FJ 8.º), y 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/57) (FJ 6.º). Por consiguiente, sería posible ponderar el derecho fundamental de procrear de la viuda con el interés del menor a nacer con un progenitor que cumpla frente a él un deber de asistencia de todo orden.

Por último, el dato jurídico relevante es la existencia de normas que apoyan una prevalencia *prima facie* a favor de uno de los principios en conflicto, esto es, normas donde se establece que el principio del interés superior del menor ha de ser objeto de una consideración primordial por parte del legislador⁴⁵. En este sentido es fundamental en el ordenamiento español tanto el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que señala que el legislador y aplicadores del derecho deben tener una consideración primordial al interés superior del menor cuando se tomen medidas relativas a niños, como la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 2 establece que en la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Ello significa que cuando medie un conflicto jurídico entre los derechos o intereses de un menor y los derechos de las personas de su entorno habrá que decidir cuál es la solución idónea a la finalidad que pretende el legislador cuando hace prevalecer el interés superior del niño, esto es, cuál es la solución más adecuada para la consecución del desarrollo pleno, sano y digno del niño. A mi juicio es indudable que, en el caso concreto de la reproducción *post mortem*, es contrario al interés superior del menor que este sea privado *ab initio* de la presencia y asistencia material y afectiva de un progenitor, pudiendo preverse y evitarse tal consecuencia perjudicial por el legislador.

En una tercera fase de la ponderación se llega a la decisión de hacer prevalecer un principio frente al otro, que retrocede. La solución del conflicto ha de cumplir el criterio, al que se ha llamado “ley de la ponderación”, de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en un supuesto determinado⁴⁶. Así, puede afirmarse, a mi juicio, que en el caso de la fecundación artificial *post mortem*, el perjuicio causado al derecho de procrear de la viuda o compañera de hecho del fallecido, que indudablemente existe, está justificado por la importancia que en esta

⁴⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La ponderación de bienes”, cit. p. 165 señala la utilidad que puede tener la formulación por el legislador de “prevalencias *prima facie*”, cuya función pudiera ser evitar que en un problema de ponderación los bienes o principios en conflicto entren con una igualdad abstracta de rango, de modo que tal prevalencia *prima facie* establecida por el legislador hace entrar a uno de los principios con ventaja sobre el otro. Es decir, no es que permanezca cerrada la puerta a la ponderación, en la medida en que no establece una prevalencia absoluta, sino que simplemente se dirige el resultado de la misma.

⁴⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La ponderación de bienes”, cit. pp.135-136.

hipótesis hay que atribuir al interés superior del niño de contar, desde su nacimiento, con unos progenitores que le presten asistencia de todo orden⁴⁷. El daño que sufre el derecho a procrear de la viuda o compañera no es tan grande si se cae en la cuenta, como antes he indicado, de que en el futuro siempre tiene abierta la posibilidad de tener descendencia con otras personas.

II.3.2 Transferencia post mortem de preembriones

El legislador regula de forma específica la transferencia *post mortem* de preembriones ya constituidos en vida del marido fallecido en el párrafo 2.º del artículo 9 LTRHA 2006. Así como en el caso de la inseminación artificial *post mortem* exige que concurra el consentimiento expreso y formal del marido para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo (párrafo 1.º del artículo 9), en el caso de la transferencia de preembriones solo alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, en este segundo supuesto flexibiliza mucho el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por este (“Se presume otorgado el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”).

Cabe preguntarse si está justificada esta disparidad de trato que introduce el legislador respecto a la inseminación artificial *post mortem* y la transferencia *post mortem* de preembriones, cuando opta por facilitar la transferencia de preembriones *post mortem* al presumir el consentimiento del fallecido. A mi juicio sí lo está, ya que nos encontramos ante supuestos muy distintos que merecen una consideración diferente. En la transferencia se está ante un preembrión ya constituido en vida del padre, un concebido y no nacido, aunque sea *in vitro* y no en el útero. Aquí sí hablamos de un hijo póstumo. Hay, pues, un interés digno de proteger, que consiste en posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado. La transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida; no supone un tránsito del no ser al ser, sino una nueva etapa en el desarrollo

⁴⁷ ROBERTSON, J. A., “Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies”, New Jersey, 1994, p. 111, considera, por el contrario, que el temor de que el niño tenga un único padre no es suficiente para anular la libertad procreativa de la viuda. Muchos niños se desarrollan bien con padres solos, especialmente si tienen recursos y el apoyo para cuidarlos.

de una vida ya iniciada⁴⁸. Por el contrario, en la inseminación artificial *post mortem* la situación es distinta, únicamente se tiene el material reproductor del varón⁴⁹.

Se ha señalado por la doctrina⁵⁰ que caben dos posibles explicaciones a este tratamiento singular que hace el legislador en la transferencia *post mortem* de preembriones cuando flexibiliza el requisito del consentimiento del varón fallecido: o bien el legislador ha buscado la protección del preembrión, facilitando su transferencia; o bien el legislador ha decidido en favor de la viuda, permitiéndole que termine su proyecto de vida iniciado con su marido o pareja fallecida, al no existir oposición expresa de este. Teniendo en cuenta, por supuesto, en este último caso que el material reproductor de la mujer se halla también en el preembrión⁵¹.

⁴⁸ En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación”, cit. pp. 12 y 20. Señala Farnós Amorós, E., “Consentimiento a la reproducción”, cit. p. 136, que más allá de la discusión sobre su naturaleza, el preembrión, el embrión y el feto tienen una potencialidad que les hace merecedores de un mínimo grado de tutela. Y añade que, a pesar de las diferencias acerca del *status jurídico* del embrión *in vitro*, hay un consenso amplio acerca a la necesidad de otorgarle una protección.

⁴⁹ En el caso de la inseminación artificial he profundizado en la aplicación del método de la ponderación para decidir entre la prevalencia del derecho de la mujer a procrear y el interés del futuro niño a contar con la asistencia del progenitor desde el inicio de su vida. Sin embargo, en la transferencia *post mortem* de preembriones el análisis jurídico se plantea en otros términos, porque aquí el principio del interés superior del niño justifica que se tutele ante todo la vida prenatal (el preembrión tiene toda su potencialidad vital para llegar a convertirse en un ser humano), en cuanto la vida aparece como uno de los valores supremos del ordenamiento, por encima del interés del menor por recibir asistencia integral de sus progenitores. Además, a ello ha de añadirse que aquí no habría ningún conflicto jurídico, ya que tanto la protección del preembrión como la voluntad de procrear de la mujer confluyen en el mismo resultado.

⁵⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario al artículo 9 LTRHA”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, p. 331.

⁵¹ Claramente favorable a esta segunda opción es la *Lei* portuguesa n.º 32/2006, de 26 de Julho, *Procriação medicamente assistida*, cuando en su apartado 3.º del artículo 22.º considera lícita tal transferencia con el fin de permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre, si ha transcurrido un plazo proporcionado a una adecuada ponderación de la decisión. Desde luego la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones tanto en las normativas portuguesa como española es, a mi juicio, mucho más acertada que la de aquellos ordenamientos, como el francés, que la prohíben. La regulación francesa conduce claramente al problema del destino que tendrán los preembriones criopreservados si no pueden transferirse al útero de la madre. Desde luego MALAURIE, P./AYNÉS, L., “Droit Civil. La Famille”, París, 2009, p. 416, son conscientes de la disyuntiva especialmente delicada que se plantea en el caso de la

En cualquier caso, el legislador de 2006, al facilitar que el preembrión pueda ser implantado en el útero de la madre, mantiene una cierta coherencia con la doctrina que puede extraerse hasta el momento, al menos, del Tribunal Constitucional español, en el sentido de que este otorga una protección, aunque de menor intensidad, a la vida en las fases previas al nacimiento⁵². Se deduce de las sentencias en las que ha tenido oportunidad, por un motivo u otro, de enfrentarse al polémico tema de la protección de la vida prenatal [SSTC 75/1984, de 27 de junio (FJ 6); 53/1985, de 11 de abril (FJ 5); 212/1996, de 19 de diciembre (FJ 5.º), y 116/1999, de 17 de junio (FJ 9.º)⁵³], que el embrión y el feto no son titulares del derecho fundamental a la vida del artículo 15 CE⁵⁴.

Ahora bien, también es una afirmación compartida por la doctrina que el ordenamiento jurídico puede amparar a la persona por vías distintas a las del reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos⁵⁵. Este segundo paso puede deducirse también de la doctrina constitucional. Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Son, además, la expresión jurídica de un sistema de valores que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, a cuya efectividad el Estado tiene la obligación positiva de contribuir. Cabe, en esta medida, sostener una protección objetiva de la vida humana en desarrollo, con base en el artículo 15 de la Constitución. Sin duda una correcta interpretación de la doctrina constitucional conduce a afirmar que esta extiende, en sus SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, al embrión *in vitro* la consideración de bien constitucionalmente protegido en cuanto

transferencia *post mortem* de preembriones si esta se prohíbe (destrucción o adopción por otra pareja), pero aprueban la decisión del legislador al prohibirla, ya que a su juicio este ha tenido en cuenta los riesgos que llevaría consigo la solución contraria.

⁵² En el momento en que se está haciendo este trabajo todavía el Tribunal Constitucional no ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad que ha presentado el Partido Popular contra la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁵³ RTC 1984/75, RTC 1985/53, RTC 1996/212 y RTC 1999/116.

⁵⁴ Señala LASARTE ÁLVAREZ, C., “Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I”, Madrid, 2014, p. 146, que, aunque el momento genético de la vida humana pueda discutirse desde un punto de vista moral o filosófico, no hay dudas de que en el ordenamiento jurídico español la personalidad y la genérica capacidad jurídica se adquieren mediante el nacimiento regular (de acuerdo con los artículos 29 y 30 del Código Civil).

⁵⁵ BUSTOS PUECHE, J. E., “El derecho civil ante el reto de la nueva genética”, Madrid, 1996, pp. 43-44, y FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido *in vitro*”, Madrid, 1999, pp. 215-217.

incorpora un germen de vida humana⁵⁶. Ahora bien, también sostiene dicho tribunal que los embriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno⁵⁷. Esta última afirmación se justificaría en la medida en que el Tribunal parte de un concepto de la vida humana como un proceso (“sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica, que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”), con el nacimiento como un momento sustancial de cambio⁵⁸.

II.4 Análisis de los requisitos legales para la admisión de la reproducción artificial *post mortem*

II.4.1 Respecto a la inseminación artificial post mortem

El legislador estatal español exige, de forma expresa, para la admisión de esta primera hipótesis dos requisitos: el consentimiento del varón fallecido a dicha inseminación con su material reproductor y el plazo de tiempo establecido para la utilización de tal material⁵⁹.

A) Consentimiento del fallecido a la inseminación

Tal y como está regulado el artículo 9 LTRHA 2006, el consentimiento del marido o compañero fallecido tiene por objeto autorizar el uso de su material reproductor con el fin de que con él se insemine a la mujer *post mortem*. Del tenor literal del precepto se infiere que el consentimiento ha de tener una serie de características: ha de ser específico para la

⁵⁶ En este sentido, TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., “Comentario al artículo 15 CE”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, p. 156.

⁵⁷ STC 116/1999, de 17 de junio (Fundamento 12.º) (RTC 1999/116).

⁵⁸ STC 53/1985, de 11 de abril (Fundamento 5.º) (RTC 1985/53).

⁵⁹ El legislador catalán, junto a los requisitos del consentimiento y del plazo de tiempo, añade también como tercer requisito que la fecundación *post mortem* se limite a un solo caso (comprendido el parto múltiple) [artículos 235-8.2 (para la fecundación asistida de mujer casada) y 235-13.2 (para la fecundación asistida de mujer no casada)]. Parece que tal requisito significa que la fecundación tiene que restringirse a una sola ocasión, siempre que tenga éxito, claro, dado que la técnica en virtud de la procreación posibilita la pluralidad de embarazos sucesivos. En este sentido GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentari al art. 235-8 Codi Civil de Catalunya”, *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Barcelona, 2014, p. 598.

inseminación después de la muerte, en beneficio de una mujer concreta, expreso, formal, de carácter personalísimo y revocable. Analizo, brevemente, cada uno de estos rasgos.

En primer lugar, cabe plantearse si basta con que se haya dado el consentimiento por el marido o compañero para la utilización del esperma, sin más, o es preciso que consienta de modo específico que su material reproductor pueda ser utilizado después de su muerte. Debido a la trascendencia que tiene dicho consentimiento en esta hipótesis concreta, por una parte, el nacimiento de un ser humano que no va a poder contar con la asistencia del padre desde el inicio de su vida; por otra parte, la incidencia sobre los derechos de otras personas (por ejemplo, parientes del fallecido); pienso que es necesario que el varón consienta de modo específico la inseminación de la mujer para después de la muerte⁶⁰.

La segunda exigencia, esto es, que ha de consentirse la inseminación de una mujer en concreto, se desprende de la propia literalidad del artículo 9 de la Ley, que establece en el párrafo 2.º la necesidad de que el marido preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a “su mujer”. En caso de matrimonio, la determinación de la viuda no presenta dificultades. Sin embargo, en el caso de la pareja de hecho hay que mencionarla de tal manera que su identificación no deje lugar a dudas.

En tercer lugar, el consentimiento ha de ser expreso. La Ley requiere que el consentimiento se otorgue por escrito; por tanto, ha de ser expreso. No bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimiento puede crear problemas de interpretación. Por consiguiente, del simple hecho de que una persona haya crioconservado sus gametos no puede inferirse que haya autorizado la fecundación *post mortem*. Este problema no tendrá demasiada relevancia práctica, en la medida en que suele ser una costumbre habitual de las clínicas dedicadas a la realización de estas técnicas que requieran que el depositante declare su intención sobre la disposición del esperma en caso de fallecimiento. La dificultad surge cuando el depositante no ha hecho ninguna aclaración y, posteriormente tras su muerte, la viuda, la compañera de hecho y/o los familiares del difunto desean el uso *post mortem* de su esperma para la procreación.

⁶⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, *El juez civil ante la investigación biomédica* (coordinador X. Abel), Madrid, 2004, p. 298.

Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte⁶¹.

En cuarto lugar, el consentimiento ha de ser formal. El vigente artículo 9 LTRHA 2006 amplía los cauces a través de los cuales el fallecido puede manifestar su consentimiento para la fecundación *post mortem*. Además de los ya previstos en el artículo 9 de la derogada Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 1988, esto es, la escritura pública y el testamento, añade dos documentos privados, el de instrucciones previas y aquel al que se refiere el artículo 6.3 LTRHA 2006. Empezando por este último, en el artículo 6.3 se señala que si la mujer está casada se precisa, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y conste así de manera fehaciente. Por su parte, el artículo 3.4 LTRHA 2006 subraya que la aceptación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas se llevará a cabo en un formulario de consentimiento informado. Por consiguiente, interpretando de modo conjunto los anteriores artículos, parece que el marido podrá consentir en dicho formulario el uso de su material reproductor para la inseminación *post mortem* de su mujer.

Cabe también la posibilidad de que el varón pueda prestar su consentimiento para dicha inseminación a través del documento de instrucciones previas, que se regula en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La pregunta clave es si, de acuerdo con el contenido que prevé en su artículo 11.1 la citada Ley 41/2002, el documento de instrucciones previas se presenta como el instrumento idóneo para la autorización de la fecundación artificial *post mortem*. Dicho documento, según el citado precepto, es aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta de forma anticipada su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea

⁶¹ En este sentido se pronuncia REICHMAN SCHIFF, A., "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", *North Carolina Law Review*, 1996-1997, núm. 75, pp. 948-951. Sin embargo, lo contrario sostiene la famosa sentencia del Tribunal de Grande Instance de Créteil de 1 de agosto de 1984, primera que aborda este problema concreto en el ordenamiento francés. Un comentario a la misma en RUBELLIN-DEVICHI, J., "Insémination artificielle *post mortem*", *RTDC*, 1984, tomo II, pp. 703 y ss.

capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Desde luego el consentimiento para la inseminación artificial *post mortem* de la viuda y compañera no tiene nada que ver con una decisión relativa a la salud del cónyuge o compañero varón, además de que tales disposiciones van a surtir efectos solo en vida de este último. Sin embargo se ha señalado⁶² que este documento de instrucciones previas puede ir dirigido a diferentes finalidades, y que nada impide que formen parte de su contenido otras previsiones *post mortem*, como las relativas a la donación de órganos, disposición del propio cadáver para fines médicos o biológicos, entierro, incineración, autopsia clínica... Es dudoso, a mi juicio, que sea equiparable la previsión de la donación de un órgano del cuerpo con la disposición del esperma, ya que la naturaleza de un órgano humano y del esperma es radicalmente diferente, en cuanto el esperma contiene células que pueden dar lugar a una vida humana.

¿Podría prestarse el consentimiento en otro tipo de documento privado distinto al previsto en el citado artículo 6.3 y en el documento de instrucciones previas? Parece que no, ya que el artículo 9 constituye un *numerus clausus* y únicamente alude a estas dos clases de documento privado. Ello resulta patente en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010⁶³.

Ya en la anterior Ley de Reproducción Asistida de 1988 se hacía referencia al testamento como instrumento válido para autorizar la inseminación *post mortem*, pero sigue sin resolverse con la actual LTRHA 2006 la misma duda que existía entonces con aquel texto normativo: el tipo de testamento en que puede consentirse la fecundación. Es decir, si puede hacerse también en testamento ológrafo, o solo en testamento notarial. Aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina, a mi juicio no es indudable que el nuevo artículo 9 de la Ley de 2006 permita que el consentimiento se lleve a cabo en un testamento no notarial. Es cierto que en la Ley de 1988 se planteaban, como únicas alternativas, o el testamento o la escritura

⁶² PÉREZ GALLARDO, L. B., "Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, núm. 4, pp. 614-615.

⁶³ Tal auto deniega la solicitud por parte de la viuda de autorización para la inseminación con el esperma de su esposo fallecido, porque el consentimiento del difunto se encontraba recogido en una carta mecanografiada y firmada por él, por su madre y por su hermana. Consultese AC 2010/1755.

pública, y que sin embargo con el nuevo artículo 9 se amplían las posibilidades de prestar el consentimiento, y se amplían incluso a un documento privado. Pero no es cualquier documento privado; se circunscribe al formulario para dar el consentimiento informado que hay en las clínicas que llevan a cabo tales técnicas de reproducción asistida y al documento de instrucciones previas. A ello ha de añadirse que, al ser excepcional la admisión de la fecundación *post mortem* por las circunstancias en que va a llevarse a cabo el nacimiento de un futuro ser (esto es, solo se permite cuando concurren determinados requisitos), pienso que han de exigirse las mayores garantías a la hora de emitir el consentimiento.

La quinta nota característica del consentimiento es que ha de ser de carácter personalísimo, esto es, ha de otorgarlo el propio fallecido y no puede ser suplido ni por la autoridad judicial ni por tercera persona (aunque la inseminación la apoyen los parientes del difunto)⁶⁴. Por último, la LTRHA 2006 prevé la posibilidad de que el consentimiento para la aplicación de las técnicas pueda ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. El artículo 9.2 de la Ley no regula la forma de la revocación, lo que hace suponer la posibilidad de revocación a través de un medio distinto a aquel en que se expresó la voluntad de disponer del esperma⁶⁵.

B) Plazo temporal para la inseminación

En relación con el segundo requisito exigido por la ley vigente para la admisión de la inseminación artificial *post mortem*, el artículo 9 establece que la mujer ha de ser inseminada en el plazo de doce meses siguientes al fallecimiento del varón. ¿Cuál es la función de la fijación de dicho plazo temporal? Sin duda la finalidad es la protección de los derechos hereditarios de terceros. No se precisa, en cambio, los terceros que pueden verse perjudicados por el nacimiento del niño; por ello, sean parientes más próximos o más lejanos del causante, se aplicará el mismo plazo temporal. Se ha apuntado también que la fijación de un plazo puede establecerse en beneficio del propio niño que va a nacer, para evitar, por ejemplo, el denominado “salto generacional”, esto es, la gestación de un

⁶⁴ Auto JPI Valencia de 13 de mayo de 2003 (AC 2003, 1887), Auto AP A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/183) y SAP Barcelona de 16 de junio de 2004 (JUR 2004/292813).

⁶⁵ DÍAZ ROMERO, M. R., “Técnicas de reproducción asistida y filiación”, *Derecho de Familia* (coordinadora G. Díez-Picazo González), Cizur Menor, 2012, p. 1690.

niño cuyos gametos originales provienen de una persona fallecida varias generaciones antes⁶⁶.

La LTRHA 2006 ha ampliado el plazo en relación con la Ley de 1988. De un plazo de 6 meses se ha pasado al actual plazo de 1 año. En general la doctrina ve dicha ampliación de forma favorable, tanto respecto a la tutela de la viuda como en relación a la protección de los derechos hereditarios de terceros. Por un lado, el plazo de 6 meses era un tiempo muy breve para que la viuda tomara la decisión de inseminarse; todavía permanecía el dolor por el fallecimiento cercano de la persona querida y no estaba en condiciones adecuadas de adoptar una decisión suficientemente meditada⁶⁷. Se ha señalado, además, la brevedad del plazo de 6 meses para un proceso tan complejo como es la inseminación artificial, no solo porque el éxito del mismo no depende exclusivamente de la pericia profesional, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la mujer. Muchas veces esta hipótesis de fecundación artificial *post mortem* está asociada a largas y penosas enfermedades oncológicas, donde se deteriora el enfermo, pero también los familiares más cercanos⁶⁸. Igualmente, desde la salvaguarda de los derechos de los terceros el plazo del año parece sensato. No queda excesivamente abierta en el tiempo la sucesión hereditaria, de modo que no se menoscaban los derechos de los terceros, sean o no hijos del causante; por otra parte, el futuro niño, una vez que nazca, puede disfrutar de derechos sucesorios⁶⁹.

II.4.2 Respecto a la transferencia post mortem de preembriones

Como ya he puesto de relieve antes, así como el artículo 9 LTRHA 2006 permite la inseminación artificial *post mortem* siempre que concurra el consentimiento del varón para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo, en la regulación de la transferencia de

⁶⁶ CORRAL TALCIANI, H., “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial”, *Revista Chilena de Derecho*, 1992, núm. 19, p. 458.

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Reproducción asistida Post Mortem”, *Aranzadi Civil*, 2001, núm. 2, pp. 2165-2167.

⁶⁸ PÉREZ GALLARDO, L. B., “Inseminación artificial”, cit. p. 615.

⁶⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario al artículo 9 LTRHA”, cit. p. 338, propone ampliar el plazo legal, desdoblándolo en dos: por una parte, la solicitud de la viuda de querer la fecundación *post mortem*, que a su juicio habría de emitirse no antes del mes ni después de seis meses después del fallecimiento. Por otra parte, la práctica de la fecundación en el plazo de un año desde que la viuda notifica su decisión.

preembriones solo se alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, flexibiliza el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por este (“Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”).

Es preciso detenerse en el tipo de supuestos en los que está pensando el legislador de 2006 cuando regula de forma expresa la transferencia *post mortem* de preembriones, ya que en la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 se suscitan dudas sobre si su artículo 9 incluía o no esta hipótesis. Así, el legislador de 2006 piensa en un matrimonio o en una pareja de hecho que, en vida de ambos, ha iniciado ya un proceso de procreación asistida y, en concreto, como resultado de la fecundación *in vitro*, se han constituido ya preembriones que están, o pendientes de transferencia, o incluso, criopreservados desde hace tiempo. Por consiguiente, ya se ha otorgado por ambos el consentimiento necesario para la utilización de estas técnicas (artículos 6.1 y 6.3 LTRHA 2006, aunque este último precepto solo lo exige para el marido). Junto a dicho consentimiento general, han debido autorizar también, con anterioridad a la generación de los preembriones, el concreto destino de estos, es decir, en esta hipótesis su uso por la propia mujer y por su cónyuge para la procreación (artículo 11.5 LTRHA 2006). De repente, el marido o compañero fallece antes de que haya podido llevarse a cabo la transferencia de los preembriones al útero de la mujer. Evidentemente él no ha podido prever su fallecimiento y, por tanto, no ha podido dar su consentimiento específico para la transferencia *post mortem* de los preembriones, y mucho menos lo ha dado a través de uno de los cauces formales establecidos en el artículo 9. Dicho precepto no prescinde del requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones; el consentimiento existe, ya se dio en el momento de consentir las técnicas de reproducción asistida y en el momento de decidir el destino de los preembriones antes de la generación de estos. Es decir, el legislador parte de la idea de que la implantación *post mortem* del preembrión no es sino la culminación del proceso de procreación asistida.

Desde luego, algunas objeciones podrían apuntarse a la actual presunción legal del consentimiento del difunto. La más grave, a mi juicio, es que en sentido estricto no hay un consentimiento específico, *ad hoc*, para la transferencia de preembriones posterior al fallecimiento del varón. El hecho de que una persona haya dado su consentimiento para la realización de la fecundación *in vitro*, e incluso para la transferencia de embriones a

su mujer, no implica necesariamente que, de haber sabido que iba a fallecer, hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias especiales (es decir, sin tener asistencia de un padre desde el principio)⁷⁰. Aun así, creo que la opción que ha tomado el legislador permitiendo la transferencia del preembrión y facilitándola a través de la presunción del consentimiento del varón es perfectamente compatible, en cuanto cabe afirmar, como ya he apuntado antes, que en esta hipótesis nos encontramos con un preembrión ya constituido en vida del padre, es decir, con un concebido y no nacido (aunque fuera del útero materno).

Por último, es preciso señalar que, aunque el artículo 9 LTRHA 2006 hace referencia de forma exclusiva al requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones, a mi juicio tal transferencia ha de someterse también al requisito del plazo temporal. Por consiguiente, la transferencia de preembriones ha de producirse en un año desde el fallecimiento del varón. Ello parece lógico porque aquí también está presente el mismo interés que trata de protegerse cuando se exige el plazo temporal limitado en la inseminación artificial *post mortem*, esto es, está en juego la tutela de los derechos sucesorios de otras personas que podrían ser llamadas a la herencia del difunto⁷¹. La transferencia del preembrión no puede dejarse, *sine die*, a la exclusiva voluntad de la viuda o pareja de hecho.

II.5 Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la reproducción artificial *post mortem*

Una vez que se cumplen los dos requisitos exigidos por el legislador para la validez de la reproducción artificial *post mortem*, esto es, el consentimiento del varón fallecido y el plazo temporal, se plantean dos tipos de problemas en relación, sobre todo, con el hijo que va a nacer: los relativos al Derecho de Filiación y al Derecho de Sucesiones. La LTRHA 2006 solo se refiere de forma expresa al primero de esta clase de problemas. Nos encontramos aquí ante un gran reto jurídico, en la medida

⁷⁰ Se plantea también REICHMANN SCHIFF, A., “Arising from the Dead”, cit. pp. 963-964, la dificultad que supone que el difunto no haya manifestado su voluntad a favor específicamente de la transferencia de preembriones tras el fallecimiento. Pero, a su juicio, hay un sólido argumento a favor de que pueda producirse la procreación del hijo póstumo: la existencia cierta de la probabilidad de que el difunto hubiera consentido la transferencia del preembrión, unido al hecho de la certeza del consentimiento del cónyuge o compañera supérstite para la procreación.

⁷¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “Reproducción artificial *post mortem*”, cit. pp. 85-86.

en que la normativa del Código Civil español en estas materias se presenta manifiestamente inadecuada para resolver los problemas de filiación y sucesorios derivados de la reproducción artificial asistida.

II.5.1 Problemas de filiación

El artículo 7.1 LTRHA 2006 señala que la filiación de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres artículos siguientes de dicho texto legal, entre los que se encuentra el artículo 9. Desde luego la justificación del otorgamiento de una regulación específica para la filiación en dicho artículo 9 radica en la ya aludida dificultad de aplicar a la reproducción artificial *post mortem* las normas del Código Civil sobre filiación. El tratamiento que se hace en el artículo 9 LTRHA sobre los problemas de filiación difiere según que el varón fallecido sea el marido o el compañero de hecho de la mujer.

Si la mujer es inseminada tras el fallecimiento de su marido con esperma de este, el principal problema no radica tanto en determinar quién es el progenitor del niño cuanto en la clase de filiación, ya que con la normativa del Código Civil sería complicado estimar que la filiación del hijo es matrimonial. Esto es, es muy difícil la aplicación de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, en cuanto el mismo presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. En la práctica totalidad de los casos de inseminación artificial tras el fallecimiento del marido o transferencia *post mortem* de preembriones, no se cumplirían tales plazos legales, salvo que la inseminación y la transferencia se hiciesen casi simultáneamente a la muerte del esposo⁷².

Por ello el legislador de 2006 ha optado por introducir en el artículo 9 una regla especial de filiación, estimando que la filiación es de carácter

⁷² Tampoco parece que pueda aplicarse el artículo 118 del Código Civil, que establece que “*Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos*”. Además de que el precepto solo habla de separación legal o de hecho y no de disolución –como es el caso de la muerte–, tampoco resulta claro que únicamente sea la mujer la que dé su consentimiento en el momento de la inscripción, entendiéndose que el marido lo presta al tiempo de manifestar su consentimiento a la fecundación *post mortem* a través de alguno de los medios del artículo 9 LTRHA 2006. En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La fecundación artificial *post mortem*”, cit. p. 892.

matrimonial. De la concurrencia del doble requisito del consentimiento del marido y del plazo temporal para la fecundación se deriva el reconocimiento *ope legis* de la existencia de una relación jurídica entre el hijo nacido de estas técnicas y el varón fallecido. A mi juicio, es una decisión acertada el carácter matrimonial de la filiación: el marido aporta el semen y además la decisión de la fecundación procede de dos personas casadas.

Hay un vacío legal acerca del problema que pudiera plantearse si la viuda que puede someterse a la reproducción *post mortem* contrae matrimonio con otra persona dentro del plazo de un año que tiene para realizar aquella. A la filiación matrimonial que corresponde al primer marido en virtud del artículo 9.2 LTRHA se contrapondría la presunción a favor del segundo marido conforme al artículo 116 del Código Civil⁷³. Pero el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando analiza en 1986 los problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* antes de la promulgación de la ya derogada LTRA 1988, sí se lo plantea, y mantiene que será preciso para la inscripción como matrimonial en el Registro Civil de esta forma de filiación la acreditación de que el nacimiento se ha producido en un tiempo prudencial y que no concurre la presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda⁷⁴.

⁷³ Pone de manifiesto la existencia de tal laguna legal INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 849. En las notas de pie de página 15 y 19 de este trabajo ya se ha explicado cómo en el ordenamiento inglés en principio es la madre biológica la que decide en última instancia, tras el nacimiento del niño, si inscribe al cónyuge o pareja de hecho fallecida como progenitor/a del niño (incluso aunque se haya utilizado su material genético). Pero la madre que da a luz no tiene una absoluta libertad de decisión en los casos en que otra persona, de acuerdo con las reglas legales, está legitimada para ser considerada como progenitor/a del niño. Entonces se prioriza tal paternidad/maternidad en atención al beneficio del menor. Véase PROBERT, R., “Cretney and Probert’s Family Law”, cit. p. 232. Por su parte en el ordenamiento portugués, la Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, *Procriação médica assistida* se plantea qué sucede si se incumple por la mujer la prohibición legal de la inseminación *post mortem* y finalmente se produce el nacimiento del niño. El artículo 23.º 1 señala que en principio es considerado como hijo del fallecido, salvo que, según el párrafo segundo de este precepto, la mujer, en el tiempo de la inseminación, haya contraído matrimonio o tenga una pareja de hecho de al menos dos años de unión y que el varón haya prestado su consentimiento a la inseminación con semen del difunto. En este caso el consentimiento funciona como atribución de la paternidad.

⁷⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA, “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*”, Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Suplemento número 3/1996 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, p. 22.

Si la madre es inseminada con esperma de su compañero *more uxorio* fallecido es sencillo determinar la clase de filiación. Se trata de una filiación extramatrimonial, en cuanto el hijo es procreado *post mortem* con gametos procedentes de individuos que no estaban unidos en matrimonio. Esta es la opción que toma el legislador de 2006 en el párrafo 3.º del artículo 9. Ahora bien, el consentimiento del compañero fallecido no implica, frente al caso del marido, de forma automática la determinación de la filiación, sino que se establece que dicho consentimiento, otorgado en forma y plazo, sirva como título para iniciar un expediente del artículo 49 conforme a la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, y así poder declarar la filiación paterna del varón conviviente mediante resolución recaída en dicho expediente⁷⁵. Parece que si parte interesada o el Ministerio Fiscal manifestare oposición en el expediente, el hijo dispondrá de la acción de reclamación judicial de paternidad, a la que hace referencia en su parte final el artículo 9.3 LTRHA 2006⁷⁶.

II.5.2 Problemas sucesorios

El artículo 9 LTRHA 2006 no atribuye de modo explícito derechos sucesorios a los nacidos fruto de estas técnicas, pero sin embargo puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación del hijo respecto al varón fallecido. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios⁷⁷.

⁷⁵ A idéntica conclusión llega CAÑIZARES LASO, A., “El reconocimiento testamentario de la filiación”, Madrid, 1990, p. 154, refiriéndose a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988. La equiparación del medio de determinación de la filiación en la reproducción *post mortem* en el caso de matrimonios y parejas de hecho está, sin embargo, en los artículos 235-8.2 y 235-13.2 del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya.

⁷⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho Civil IV* (coordinador J. R. De Verda), Valencia, 2013, p. 299.

⁷⁷ ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de la inseminación”, cit. p. 34. Ya he hecho antes referencia a que en ciertos ordenamientos jurídicos, como el inglés, la inscripción de la paternidad del varón fallecido o de la maternidad en caso de mujer fallecida, no supone más que un reconocimiento simbólico de la filiación, no hay atribución de derechos al menor. Consultese VONK, M., “Children”, cit. pp. 45 y 51. De hecho, en España, el informe elaborado con anterioridad a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 1988 por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In vitro* y la Inseminación Artificial Humanas admite la fecundación artificial *post mortem* pero priva de derechos sucesorios al hijo del fallecido (Recomendación 11, que reenvía a las Recomendaciones 13 y 61) (informe publicado por el Congreso de los Diputados en 1987, p. 113).

Ahora bien, es cierto que la atribución de derechos sucesorios no está exenta de dificultades. Se plantea el problema de la incertidumbre respecto a los derechos sucesorios de otras personas que resultarían perjudicadas con el nacimiento del niño y, además, se plantea un problema de inadecuación de las normas tradicionales del Derecho de Sucesiones del Código Civil, que en absoluto están pensando en los niños que nacen por técnicas de reproducción artificial. Empezando por esta segunda dificultad, se apuntan objeciones relativas a la ausencia de capacidad para suceder por parte de estos. El problema, a mi juicio, no es tan grave respecto a la capacidad para suceder de los preembriones. El Código Civil establece en el artículo 745, número 1.º, que son incapaces para suceder las criaturas abortivas (que son las que nacen sin cumplir los requisitos del artículo 30: nacer con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). De ahí se deduce, en conexión con el artículo 29 del Código Civil⁷⁸, que el concebido pero no nacido tiene capacidad sucesoria, aunque la efectividad de sus derechos depende de que el llamado llegue a nacer cumpliendo el requisito del mencionado artículo 30 del Código Civil. Aunque en el momento de su promulgación el Código Civil solo pensaba en el concebido por medios naturales, no hay gran objeción para entender aplicable el artículo 29 del Código Civil al preembrón ya constituido en el momento de la muerte del causante: el término “concebido” de dicho precepto tiene amplitud suficiente para incluir en el mismo al embrón concebido *in vitro*, en virtud del artículo 3.1 del Código Civil, según el cual las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁷⁹.

Cuestión más complicada son los derechos sucesorios del niño que nace como consecuencia de una inseminación artificial *post mortem* de la mujer. En este caso es claro que estamos ante un *concepturus* y habría

⁷⁸ “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

⁷⁹ FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Status jurídico”, cit. pp. 272 y 283. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, volumen 3.º, (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1993, pp. 794-795, se plantea, con carácter general, si podría otorgarse al embrón preimplantado la misma protección que se le da en el artículo 29 del Código Civil al concebido y no nacido. A su juicio, nada obstaculiza la asimilación del embrón *in vitro* y el *nasciturus*. Para este autor no se está ante realidades diferentes, porque si lo fueran podría llegarse a la conclusión de que los seres nacidos de mujer tras la fecundación natural o artificial no son equiparables. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. I (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, pp. 274-275, entiende que el artículo 29 del Código Civil no solo permite la extensión de efectos favorables de carácter patrimonial, sino también de efectos personales.

que otorgarle, pues, el mismo tratamiento que posee este en el ordenamiento español. En consonancia con esta afirmación, se habría de admitir la posibilidad, dentro del ámbito de la sucesión testada, de que el causante pueda llamar a suceder al niño fruto de estas nuevas técnicas, como legatario o como heredero, o bien mediante el procedimiento clásico de la sustitución fideicomisaria, o bien, directamente, considerándose entonces que la institución queda sometida a la condición suspensiva de que llegue a nacer⁸⁰. Pero siempre suele reconocerse el llamamiento al *conceptus* dentro del ámbito de la sucesión testada, no de la intestada⁸¹.

Lo más adecuado, a mi juicio, sería realizar una reforma del articulado del Código Civil señalando, o bien directamente que el niño que va a nacer fruto de la fecundación artificial *post mortem* posee capacidad para suceder (tal como hace la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones⁸²), o bien presumiendo que los hijos nacidos de esta forma se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión (tal como dispone el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas⁸³).

⁸⁰ Un estudio completo de los derechos sucesorios del *conceptus* en DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Compendio de Derecho Sucesorio”, Madrid, 2011, pp. 57-58. Este autor señala que la posibilidad de instituir heredero directamente al niño fruto de estas técnicas está en la propia LTRHA 2006. Efectivamente, el artículo 9 prevé la posibilidad de consentir en testamento que su material reproductor pueda ser utilizado por la mujer a su fallecimiento, de modo que, además de consentirse el uso de su esperma, podría disponer en dicho instrumento que el niño que vaya a nacer sea instituido heredero. En el mismo sentido se pronuncia NÚÑEZ IGLESIAS, A., “Comentario al artículo 745 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. II (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, p. 587.

⁸¹ Una excepción en INIESTA DELGADO, J. J., “Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2008, núm. 29, p. 14. Por supuesto tampoco ve inconveniente este autor en reconocer al hijo fruto de estas técnicas sus derechos en cuanto legitimario y a que, en su caso, aquel pueda disponer de los instrumentos que le proporciona el Código Civil para la defensa de su legítima (pp. 14-15).

⁸² Artículo 412-1: “1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto”.

⁸³ Artículo 325. 3: “Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación”.

El segundo de los problemas sucesorios que se plantean con la admisión de la reproducción artificial *post mortem* es el perjuicio que pueden sufrir terceros que tendrían derechos sucesorios en la herencia del varón difunto, o bien porque quedarían disminuidos con el nacimiento de un nuevo hijo (como en el caso de otros hijos del varón fallecido) o bien porque quedarían privados de ellos. Ahora bien, a la vez cabe afirmar que tal peligro quedaría atenuado de forma considerable a través de dos medidas. La primera es la fijación de un plazo temporal dentro del cual ha de inseminarse a la mujer, o dentro del cual ha de producirse la transferencia de preembriones. La segunda medida es la aplicación de la normativa del Código Civil relativa a las precauciones que han de adoptarse cuando la viuda queda encinta (artículos 959 a 967). La doctrina desde luego no ve demasiado problema en entender aplicable dicha normativa en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* con las matizaciones oportunas⁸⁴. Por ejemplo, en relación con el aviso que la viuda ha de dar a las personas que posean derechos sucesorios en la herencia del fallecido que deban desaparecer o disminuir con el nacimiento del hijo, el Código Civil señala que ha de ser doble: la viuda ha de poner en conocimiento de las citadas personas el hecho del embarazo y la fecha probable del parto, cuando este se aproxime. En el supuesto específico que vengo analizando, la obligación de aviso por parte de la viuda o compañera ha de extenderse también, además de a los dos aspectos citados, a su intención de proceder a la fecundación *post mortem* o a la transferencia del preembrión previamente constituido, dentro del plazo que señala la ley, ya que los interesados tienen derecho a conocer, no solo el embarazo en sí, sino también la posibilidad del mismo. Tal obligación de notificación lo será respecto del momento preciso y del lugar en que se procederá a la fecundación *post mortem* o a la transferencia⁸⁵.

III. SEGUNDO DILEMA JURÍDICO. ANÁLISIS DE LA DOBLE MATERNIDAD EN EL ARTÍCULO 7.3 LTRHA

III.1 Algunas precisiones sobre la admisión de la doble maternidad en la LTRHA

III.1.1 Reflexiones introductorias

El artículo 7.3 LTRHA 2006 posibilita que la mujer casada con otra mujer, cuando no haya separación legal o de hecho, pueda manifestar ante el

⁸⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "Comentario al artículo 959 del Código Civil", *Código Civil Comentado*, volumen II (directores A. Cañizares Laso et alii), Cizur Menor, 2011, p. 1393.

⁸⁵ FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Status jurídico", cit. pp. 286-287.

encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto al nacido. Establece, pues, tal precepto un nuevo criterio de determinación extrajudicial de la filiación materna, ya que hasta el momento de la introducción de este precepto en la normativa reguladora de las técnicas de reproducción asistida solo se reconocía como criterio de determinación de la filiación materna el parto. Tal mecanismo de determinación extrajudicial de la maternidad, que se basa en la voluntad de ser madre, ha de restringirse al ámbito de las técnicas de reproducción asistida, ya que no se ha reconocido por el legislador de forma general⁸⁶. Y ello a pesar de las dudas que pueda suscitar al respecto, por una parte, que el artículo 7.3 LTRHA se introduzca a través de una ley que nada tiene que ver con el ámbito de la reproducción asistida, como es la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y, por otra parte, que en su tenor literal el artículo 7.3 no haga ninguna referencia concreta a que el nacido lo sea por aplicación de las técnicas de reproducción asistida⁸⁷.

Es cierto que la introducción de este precepto responde a la consagración del matrimonio homosexual y a su equiparación, en cuanto a efectos y a requisitos con el matrimonio heterosexual, en la Ley 13/2005, de 1 de julio, modificativa del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, hoy declarada constitucional por la STC de 6 de noviembre de 2012⁸⁸, aunque esta posibilidad prevista en el artículo 7.3 LTRHA se ha limitado al matrimonio de mujeres y no se ha extendido al de hombres⁸⁹.

⁸⁶ En este sentido QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”, *CCJC*, 2014, número 95, p. 18 (<http://previow.thomsonreuters.com>).

⁸⁷ VERDERA SERVER, R., “Filiación”, cit. p. 286, con buen criterio ha sostenido que la ubicación del artículo 7.3 en la ley dedicada a las técnicas de reproducción humana asistida permite sostener de modo lógico que su ámbito de aplicación está ligado a tal circunstancia.

⁸⁸ Véase el comentario de BENAVENTE MOREDA, P., “Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Garantías institucionales del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo. A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012”, *RJUAM*, 2013, núm. 27, pp. 327-353.

⁸⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Copaternidad y matrimonio entre hombres: la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”, *RDP*, 2014, julio-agosto, p. 21, apunta que, a su juicio, debe permitirse la gestación por sustitución (hoy prohibida en el artículo 10 LTRHA) a los matrimonios entre hombres para que no exista discriminación entre estos y los matrimonios tanto heterosexuales como homosexuales entre mujeres (p. 24). Este mismo argumento es señalado en el fundamento de derecho 5.º por la RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735). Parece, sin embargo,

Pero, no obstante, creo que hay otra razón de mayor peso que ha posibilitado la admisión de la doble maternidad en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. Así, es fundamental para tal admisión la finalidad a la que sirven dichas técnicas. Como ya se ha apuntado en otro momento en este trabajo, en el ordenamiento español las técnicas de reproducción asistida se fundamentan en un hipotético derecho a la procreación y no en el derecho a la salud. De este modo, la LTRHA de 2006 no hace referencia ya en su artículo 1, frente a la redacción inicial de la anterior LTRA de 1988, a que la finalidad de las técnicas sea la eliminación de la esterilidad. El fundamento de estas técnicas en la tutela del derecho a la procreación lleva consigo de modo automático que no haya ninguna imposibilidad técnica de admitir la doble maternidad de dos mujeres. Por el contrario, en otros ordenamientos como el francés, que sí consagran en la actualidad el matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 143 Code Civil), al recoger entre sus fines para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida el remedio de la infertilidad de la pareja, es lógico que restrinjan los usuarios de las técnicas a parejas de diferente sexo⁹⁰.

En el artículo 7.3 LTRHA se configura la maternidad como una facultad de la madre no gestante, que se basa en el consentimiento; esto es, en la voluntad de querer ser madre. El fundamento de este título de atribución de la maternidad no está evidentemente en la verdad biológica, ya que no hay posibilidad real de relación biológica fértil entre parejas homosexuales. Cabe la duda de si se está ante un nuevo criterio de determinación de la

que la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736) no considera en su fundamento 4.^º que la aplicación del artículo 10 LTRHA a los matrimonios entre hombres encierre una discriminación por razón de sexo por dos razones: porque esta norma es aplicable a todas las uniones, con independencia del sexo de sus componentes y porque la misma se fundamenta en un hecho objetivo y biológico como es el parto, que resulta imposible en los matrimonios formados por dos hombres.

⁹⁰ Así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique* (consúltese en <http://www.legifrance.gouv.fr>). También, en atención al mismo fin de remedio de la esterilidad de la pareja, los ordenamientos portugués e italiano restringen el uso de las técnicas de reproducción asistida a las parejas de distinto sexo, respectivamente, en el artículo 6.1 de la *Lei n.º 32/2006*, de 26 de Julho, *Procriação medicamente assistida* y en el artículo 5 de la Ley italiana de 19 febbraio 2004, núm. 40, sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Se pregunta MONÉGER, F., “France: Biological and Social Parentage”, *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (ed. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, p. 183, si el legislador francés va a cambiar la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida para ponerlas a disposición de las mujeres solas. El tema en la actualidad está sometido a debate. En caso de permitirse tal posibilidad, la mujer casada con la madre biológica tendría como alternativa la posibilidad de adoptar al hijo de esta última.

filiación materna por naturaleza (distinta a la biológica, claro), o ante un nuevo criterio de determinación de la filiación materna de carácter legal, que se aproxima a la adopción, aunque con menos complicaciones formales que esta última⁹¹. En contra de su proximidad a la adopción se ha alegado que ni hay establecimiento de la filiación por sentencia judicial ni entra en juego el principio del interés del adoptando. Y que al no recogerse en el artículo 108 del Código Civil más que la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza, no queda otra posibilidad que encajar la hipótesis de la doble maternidad del artículo 7.3 LTRHA en la filiación por naturaleza⁹².

El ejercicio de esta facultad por la madre no gestante desde luego no provoca directamente la inscripción de la filiación debido a que la declaración de voluntad tiene que emitirse antes del nacimiento del niño. Por consiguiente, el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal se limitará a hacer constar en el Libro Diario tal declaración de la cónyuge. Ello sirve de prueba tanto del hecho en sí de la existencia del consentimiento como de la fecha concreta en que ha sido emitido⁹³.

Hay críticas varias al artículo 7.3 LTRHA esgrimidas por parte de la doctrina. Por una parte, las que se oponen frontalmente a la admisión de la figura en él regulada alegando que con ella se está afirmando un hecho falso desde el punto de vista biológico; exclusivamente cabría hablar, pues, desde esta perspectiva de una maternidad única basada en el parto, de modo que la mujer casada cuya cónyuge da a luz solo puede aspirar a compartir la filiación, pero no a ser madre⁹⁴. Por otra parte, las objeciones

⁹¹ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 804, se inclina por entender que estamos ante un criterio de determinación legal próximo a la adopción. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, que admite la doble maternidad matrimonial (artículo 235-8.1) y no matrimonial (artículo 235-13.1), señala en su Preámbulo que “Evidentemente, la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal”.

⁹² Así se ha pronunciado BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. pp. 102 y 111-112, nota de pie de página 32.

⁹³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”, AC, 2014, números 7-8, p. 5 (<http://revistas.laleyes.es>).

⁹⁴ Esgrime tal crítica ARECHEDERRA, L., “Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, tomo I (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 374-375. Por su parte señala BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España: una visión crítica”, Cizur Menor, 2013, p. 136, que el legislador regula un supuesto de filiación natural matrimonial imposible, desvinculado, no solo de la verdad, sino sobre todo de la posibilidad biológica.

de autores que, sin mostrarse contrarios a la admisión de la doble maternidad, consideran que el precepto se mueve dentro de márgenes muy estrechos, con claros límites de carácter subjetivo, temporal y formal. A continuación me detengo a analizar dichos límites.

III.1.2 Examen de los límites derivados del artículo 7.3 LTRHA

Desde el punto de vista subjetivo, solo pueden beneficiarse de la facultad atribuida a la madre no gestante las mujeres homosexuales que hayan contraído matrimonio (“Cuando la mujer estuviere casada”). Por consiguiente, está excluyendo de su ámbito a las parejas de hecho formadas por dos mujeres. Sobre esta exclusión vuelvo más tarde. El precepto requiere literalmente que la declaración de voluntad se haga por mujer casada, luego se exige con ello que la misma se lleve a cabo tras la celebración del matrimonio⁹⁵. Sin embargo, hay opiniones a favor de que se admita, dentro del ámbito de aplicación legal, la hipótesis en que ambas mujeres no estén casadas cuando se emita la declaración de voluntad de asunción de la maternidad y, en cambio, hayan contraído matrimonio en el momento del nacimiento. Se ha justificado esta posibilidad en que, como he apuntado antes, se está ante una inscripción de filiación cuya práctica requiere dos actos registrales ubicados en momentos temporales distintos: el momento de la declaración de voluntad antes del nacimiento (que, como afecta a un concebido y no nacido no puede inscribirse todavía) y el momento del nacimiento⁹⁶. También entraría dentro del tenor literal del precepto la hipótesis en que ambas mujeres están casadas en el momento de la declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil y, por el contrario, están separadas o divorciadas en el momento del nacimiento⁹⁷.

Desde el punto de vista temporal, es claro también que el precepto está sujeto a un límite, ya que el tenor literal del artículo 7.3 LTRHA no deja lugar a la menor duda de que la declaración de voluntad de la cónyuge tiene que producirse antes del nacimiento del niño. Aunque se ha manifestado por parte de la doctrina que no se comprende bien el motivo

⁹⁵ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 106, con reenvío sobre el particular a las RDGRN 12.1. 2011 (JUR 2012, 64031) y 28.2.2011 (JUR 2012, 74939). Pero realmente lo único que afirman estas resoluciones es la exigencia de que las solicitantes estén casadas antes del nacimiento del niño.

⁹⁶ QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 27.

⁹⁷ En este sentido Barber Cárcamo, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 107, y QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 27.

que explique la exclusión del consentimiento posterior al nacimiento⁹⁸, parece que ha sido una decisión meditada por parte del legislador, con el fin de no abrir a las parejas de mujeres la vía del reconocimiento como un medio de determinación de la filiación⁹⁹. Seguramente el legislador desea que prevalezca la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones filiales en aquellos casos en que, como este, no hay correspondencia con la verdad biológica. A ello ha de añadirse que, de no ponerse un límite temporal, la filiación quedaría sujeta de forma exclusiva a la voluntad de la madre, *sine die*¹⁰⁰. De todas formas se ha mantenido que hubiera sido deseable que el legislador hubiese previsto, a través de una disposición transitoria, que las mujeres cuya cónyuge hubiera sido madre gestante por medio de las técnicas de reproducción asistida antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA, tuvieran un tiempo para emitir ante el encargado del Registro Civil el consentimiento de asunción de la maternidad¹⁰¹.

Este requisito temporal del artículo 7.3 LTRHA, consistente en que la manifestación del consentimiento ante el encargado del Registro Civil se lleve a cabo antes del nacimiento se ha aplicado de modo riguroso por la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de que el nacimiento se ha producido después de la entrada en vigor del citado precepto. Pero en cambio hay resoluciones que han admitido un consentimiento posterior al nacimiento al entender que, en atención a la finalidad del precepto, es posible aplicarlo cuando aún no estaba el mismo en vigor¹⁰².

⁹⁸ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 806.

⁹⁹ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21, p. 86. Esta autora mantiene que probablemente cabe equiparar al reconocimiento de un concebido y no nacido la declaración ante el encargado del Registro Civil consintiendo que el hijo que va a nacer sea estimado propio. Se pregunta si era necesario sostener que el artículo 7.3 LTRHA constituye otro título de determinación de la filiación distinto para excluir la quiebra de la doctrina que admite la impugnación de los reconocimientos realizados por varones que no se correspondan a una verdad biológica. Desde luego, en mi opinión, es evidente que tal y como es configurado por el legislador el reconocimiento de la filiación, este es un título de determinación extrajudicial de la filiación que presupone la veracidad del vínculo biológico entre el progenitor y el hijo al que reconoce como tal.

¹⁰⁰ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 109.

¹⁰¹ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal”, cit. p. 87.

¹⁰² Véase al respecto y las resoluciones allí citadas en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC*, 2011, fascículo I, pp. 99-100, y DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: un nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2014 (BIB 2014/244), p. 6 (aranzadidigital.es)

Entre los límites formales del artículo 7.3 LTRHA se halla la necesidad de que la declaración de voluntad se haga ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal. En primer lugar, llama la atención que este cambio legislativo admitiendo la doble maternidad no haya ido acompañado de un cambio en la legislación regstral que regule y desarrolle la posibilidad de inscripción de la doble filiación materna. Así, los artículos 44 y siguientes de la aún no en vigor Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, relativos a la inscripción de nacimiento y filiación, continúan guardando silencio sobre este punto (aunque el futuro de esta reforma legal es, en el momento actual, realmente incierto)¹⁰³. En segundo lugar, y aunque volveré sobre ello con más detalle con posterioridad, es muy importante caer en la cuenta de que el consentimiento al que se refiere el artículo 7.3 LTRHA es muy distinto al consentimiento para autorizar el uso de las técnicas de reproducción asistida, consentimiento este último al que en ningún momento se refiere el legislador cuando regula la doble maternidad. El consentimiento al que alude tal precepto se hace para la determinación de la filiación del nacido a favor de la cónyuge declarante no gestante.

Es razonable que se escoja por el legislador una forma solemne para emitir el consentimiento de la madre no gestante, en la medida en que a la asunción de la filiación materna, como a cualquier otra, van ligadas importantes consecuencias jurídicas (apellidos, derechos sucesorios, patria potestad) que requieren una decisión tomada con cierta reflexión¹⁰⁴. Aunque desde luego no sería descabellado que el legislador estatal hubiera abierto la posibilidad de que la declaración de voluntad pudiera hacerse en otro instrumento igualmente solemne, como es un documento público¹⁰⁵. De hecho la posibilidad de que tal consentimiento se realice en esta última clase de documento ha sido prevista por el legislador autonómico en los artículos 235-8.1 (fecundación asistida de mujer casada) y 235-13.1 (fecundación asistida de mujer no casada) del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.

¹⁰³ En este sentido se manifiesta FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 106.

¹⁰⁴ Así, QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 21. También encuentra perfectamente justificado tal requisito formal BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 110, en la medida en que, entre otras razones, se está ante un supuesto excepcional y desvinculado de la realidad biológica.

¹⁰⁵ QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 22.

Por último, hay un cuarto tipo de límite que no parece desprenderse del tenor literal del artículo 7.3 LTRHA, pero que la apelación al sentido común y a la seguridad jurídica legitima su exigencia. La declaración de voluntad asumiendo la maternidad por parte de la cónyuge no gestante ha de referirse a un *nasciturus* concreto. No sería válida, a mi juicio, una declaración única que valga para un número indeterminado de ciclos reproductivos¹⁰⁶.

Junto a estas apreciaciones hechas por parte de la doctrina en torno a los límites derivados del precepto, este también ha recibido críticas debido a su ubicación concreta y a la forma de introducirse esta modificación en nuestro ordenamiento. En cuanto a la ubicación, este precepto se sitúa en el artículo 7 LTRHA, cuyo párrafo primero remite, para todo lo relativo a la filiación de los nacidos producto de las técnicas de reproducción asistida, a las leyes civiles, con la excepción de las especificaciones establecidas por el legislador en la propia LTRHA en los tres artículos siguientes (esto es, artículos 8, 9 y 10). Precisamente el artículo 7.3 constituye una de estas especialidades, al establecer un nuevo medio de determinación de la filiación. En concreto, es el primer caso (no desde un punto de vista temporal, claro) de un régimen especial de filiación de la LTRHA. Por ello su ubicación más correcta hubiera sido el artículo 8 de la citada ley, que lleva por rúbrica “Determinación legal de la filiación”¹⁰⁷.

Respecto a la forma de introducción del precepto en nuestro ordenamiento, se ha afirmado que, a pesar de que la LTRHA 2006 fue objeto de debate, discusión y aprobación con posterioridad a la vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que admite el matrimonio homosexual, no se introduce en aquella la hipótesis de la doble maternidad, pudiendo y debiéndose ya hacer en aquel momento¹⁰⁸. El artículo 7.3 es introducido más tarde, a través de una ley posterior a la LTRHA 2006, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ley absolutamente ajena a la institución de la filiación (en concreto, se incorpora a través de la disposición adicional 1.^a)¹⁰⁹.

En fin, lo que se buscó en su momento con la admisión de la doble maternidad es que los matrimonios de mujeres no tuvieran que recurrir a la única alternativa legal de que disponían desde la promulgación de la

¹⁰⁶ En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 110.

¹⁰⁷ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 801.

¹⁰⁸ BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 85.

¹⁰⁹ BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 86.

Ley 13/2005, que era la adopción por la esposa no gestante del hijo de su cónyuge, nacido fruto de las Técnicas de Reproducción Asistida, en virtud del artículo 175.4 del Código Civil (en caso de aplicarse, claro, el régimen común del Código Civil). Tal adopción no exige ni propuesta previa de la entidad pública ni declaración administrativa de idoneidad (artículo 176.2 del Código Civil), aunque sí requiere asentimiento de la madre (artículo 177.2.2.º del Código Civil) y que se constituya por resolución judicial que ha de examinar la concurrencia de idoneidad de la adoptante y adecuación de la adopción al interés del menor (artículo 176.1 del Código Civil)¹¹⁰. Indudablemente la adopción es un proceso más costoso que el acceso a la doble maternidad, además de que antes de la constitución de la adopción la cónyuge de la madre biológica no tiene ningún vínculo con el niño que va a nacer, con las consecuencias perjudiciales que ello puede tener en caso de muerte de uno u otro cónyuge. Si fallece la madre gestante, el niño queda desprotegido, ya que su pareja no tiene ningún deber hacia aquel. Si muere la cónyuge de la madre gestante, el hijo carecería de derecho frente a ella (por ejemplo, a efectos sucesorios o a efectos de indemnización en caso de muerte)¹¹¹.

A continuación se van a desarrollar tres premisas. La primera premisa constituye tan solo la constatación de un hecho: en la LTRHA se da un trato jurídico diferente al matrimonio heterosexual y al matrimonio de mujeres en cuanto a la determinación de la filiación. Las otras dos premisas tratan de estudiar cómo ha sido la reacción de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando se ha enfrentado a casos reales cuyas circunstancias no entraban dentro de los márgenes de la doble maternidad del artículo 7.3 LTRHA. En buena medida, es la insatisfacción producida por los tres límites del artículo 7.3 LTRHA, subjetivos, temporales y formales, la que probablemente ha conducido a que el Tribunal Supremo haya dictado unos pronunciamientos judiciales muy discutibles en cuanto, al establecer soluciones al margen de la ley y abrir la doble maternidad a otros supuestos no previstos dentro del artículo 7.3 LTRHA, ha causado una serie de disfunciones dentro del sistema, tanto por el escaso rigor en la aplicación de los conceptos técnicos de filiación del Código Civil (pensados para una filiación biológica) como por el trato de desigualdad que se introduce frente a matrimonios de mujeres que sí han ejercitado, ciñéndose a los requisitos exigidos, el artículo 7.3 LTRHA.

¹¹⁰ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p 134.

¹¹¹ Sobre la cuestión FARNÓS AMORÓS, E. /GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California”, *Indret* 4/2005, p. 6 (www.indret.com).

III.2 Primera premisa. Diferente trato jurídico para el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual de mujeres respecto a la determinación de la filiación en la LTRHA

Ya antes de que se introdujera en el año 2007 el artículo 7.3 en la LTRHA de 2006 podía hablarse de un trato muy diferente entre el matrimonio heterosexual y el matrimonio de mujeres para el acceso a la paternidad y a la maternidad, en la medida en que el único recurso para acceder a la “maternidad” en el segundo caso era, como ya he apuntado antes, según la normativa estatal, la adopción por la madre no gestante del nacido de su cónyuge por las técnicas de reproducción asistida. Pero la polémica no se ha cerrado con el actual artículo 7.3 LTRHA.

Se ha sostenido por un sector doctrinal que la actual LTRHA sigue estableciendo un régimen de acceso a la doble maternidad en el artículo 7.3 LTRHA distinto al previsto para el acceso a la paternidad en el caso de un matrimonio heterosexual (artículo 6.3)¹¹². Así, en el caso del matrimonio de mujeres se exige una declaración de voluntad asumiendo la maternidad ante el encargado del Registro Civil antes del nacimiento, mientras que en el caso del matrimonio heterosexual parece que se liga la determinación de la filiación al consentimiento prestado por el marido al uso de las técnicas de reproducción asistida. Pero se ha subrayado que hay un cierto punto en común en el criterio de acceso a la maternidad y a la paternidad en el régimen previsto por el legislador estatal, tanto para el matrimonio homosexual como para el homosexual de mujeres, en la medida en que en ambos casos tal criterio es la voluntad personal de quien quiere asumir ser progenitor o progenitora del niño nacido fruto de estas técnicas¹¹³.

¹¹² Así, FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111, califica de “más gravoso” el régimen de acceso a la doble maternidad en el artículo 7.3 LTRHA. También en un parecido sentido se habla de trato discriminatorio en cuanto a este extremo entre el marido en el matrimonio heterosexual y la cónyuge femenina en el matrimonio homosexual por PADIAL ALBÁS, A., “La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria, en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Estudios Jurídicos sobre persona y familia* (coordinadora M. T. Areces Piñol), Granada, 2009, p. 289 y TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, 2010, núm. 7, p. 9 (laleydigital.es).

¹¹³ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La llamada doble maternidad “por naturaleza”: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *LL*, 30 de enero de 2014, núm. 8240, La Ley 281/2014, p. 5 (laleydigital.laley.es).

III.2.1 Régimen de acceso a la paternidad en el matrimonio heterosexual

En relación con el matrimonio heterosexual, se ha mantenido por el sector doctrinal antes aludido que el marido puede consentir la determinación de la paternidad a su favor en el documento sanitario donde presta su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida¹¹⁴. Así, en el artículo 6.3 LTRHA se establece que “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuviesen separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente”. El consentimiento del cónyuge, sigue señalando el precepto, que se hace antes del uso de las técnicas de reproducción asistida, ha de reunir los mismos requisitos que el que ha dado la usuaria de las técnicas: ha de ser libre, consciente y formal. Como ya he defendido en otro momento de este trabajo, el artículo 6.3 LTRHA ha de interpretarse de forma conjunta con el artículo 3.4 de dicha ley, señalando este último que la aceptación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de las mismas ha de realizarse en el formulario de consentimiento informado. De ahí que el marido podrá consentir en dicho formulario el uso de su material reproductor o el uso del esperma de un donante para la fecundación de su mujer. En caso de que el marido no prestara tal consentimiento, su paternidad quedará determinada por la presunción de la paternidad recogida en el artículo 116 del Código Civil¹¹⁵.

Es verdad que así como el artículo 235-8.1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, es bastante claro en su expresión al inferirse de la misma que la finalidad concreta del consentimiento del marido en el documento extendido ante un centro autorizado es la determinación de la filiación, no lo es, sin embargo, el artículo 6.3 LTRHA. Este último precepto hace referencia a la necesidad del consentimiento del marido de la usuaria, pero realmente en ningún momento señala que su fin sea la atribución de la filiación del nacido a su favor. Por tal razón, desde otro sector doctrinal se ha afirmado que la LTRHA no ha incluido un criterio específico de determinación de la filiación matrimonial paterna, de ahí que entra en juego el artículo 7.1 de esta ley y la remisión que él hace al Código Civil. Por eso ha de aplicarse directamente la presunción de paternidad marital del artículo 116 del Código Civil, tanto si la fecundación es homóloga como heteróloga¹¹⁶.

¹¹⁴ En este sentido, FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹¹⁵ FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹¹⁶ En este sentido, INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. pp. 757-758 y 762. A mi juicio más dudas suscita el caso de la reproducción artificial *post mortem* del marido en

Para este último sector doctrinal las dudas que se han suscitado a favor de que el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida sea el fundamento de la determinación de la filiación paterna tienen su causa en el artículo 8.1 LTRHA (“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”). Pero el sentido que ha de otorgarse a tal precepto es que el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida es un refuerzo de la presunción de paternidad del Código Civil. Tal refuerzo consiste en la imposibilidad de impugnar por la vía judicial la paternidad por parte del cónyuge que ha prestado el consentimiento¹¹⁷. Por consiguiente, la falta de consentimiento del marido no representa un obstáculo para la determinación de la filiación; la única consecuencia que tal ausencia tendrá será que la filiación se transforma en una filiación ordinaria y se podrá impugnar judicialmente¹¹⁸.

En cualquier caso, aunque se sostenga la tesis de que el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida no constituye en la LTRHA un criterio de determinación de la filiación paterna, debiendo aplicarse las normas generales del Código Civil y, por tanto, la presunción de paternidad marital del artículo 116, no parece que ello obstaculice en absoluto la consideración de hecho que se está haciendo en esta primera premisa. Se trata de poner de manifiesto que la LTRHA prevé un régimen de acceso distinto a la paternidad en el matrimonio heterosexual que a la maternidad en el matrimonio de mujeres, y que aunque se aplique como criterio de determinación de la paternidad la presunción del artículo 116 del Código Civil y no el criterio del consentimiento dado al uso de las técnicas de reproducción asistida, ello sigue suponiendo un diferente trato para el matrimonio de mujeres respecto al matrimonio heterosexual, no existiendo una presunción semejante en el caso de dos mujeres casadas. Otra cosa distinta es que esté o no justificada tal diferencia de trato, como se analiza a continuación.

el artículo 9.2 LTRHA, porque aquí basta que el marido dé su consentimiento al uso de su material reproductor para fecundar a su mujer tras su muerte para que quede determinada automáticamente la filiación del hijo respecto a él. Pero también es cierto que aquí no tiene sentido aplicar la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, como ya ha quedado puesto de relieve en la primera parte de este trabajo. En la mayoría de los supuestos no podrían cumplirse los plazos legales del precepto, salvo que la inseminación y la transferencia *post mortem* se hiciesen casi de modo simultáneo a la muerte del marido.

¹¹⁷ Así se pronuncia INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 758. Señala también VERDERA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos”, cit. p. 271, que el artículo 8.1 no constituye un criterio específico de determinación de la filiación.

¹¹⁸ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 758.

III.2.2 Régimen de acceso a la maternidad en el matrimonio de mujeres

Este sector doctrinal al que antes he aludido, que entiende que el consentimiento dado por el marido al uso de las técnicas en el centro médico es el fundamento de la atribución de la filiación matrimonial a su favor, mantiene que en el matrimonio de mujeres, por el contrario, se exige para el acceso a la maternidad de la cónyuge de la madre gestante un acto positivo, diferente y más complejo que el requerido al marido¹¹⁹. La mujer que quiere que su maternidad quede determinada a su favor, en virtud del artículo 7.3 LTRHA, ha de hacerlo constar mediante una declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil de su domicilio conyugal antes del nacimiento del hijo. El tipo de consentimiento que se exige en uno y otro caso, y al que se liga la determinación de la filiación, es distinto: en el caso del marido, tal consentimiento consiste en la autorización previa para el uso de las técnicas (artículo 6.3 LTRHA), y en el caso de la mujer homosexual, en la asunción de la maternidad del hijo de su cónyuge, después de la aplicación con éxito de las técnicas de reproducción asistida. Por otro lado, el consentimiento del marido se realiza en el mismo centro médico y el consentimiento de la mujer se da fuera del centro médico (ante el encargado del Registro Civil de su domicilio conyugal)¹²⁰.

Otro hecho, desde luego indiscutible, es que la LTRHA no confiere ningún valor jurídico al consentimiento que da la esposa de la usuaria al uso de las técnicas de reproducción asistida¹²¹. Es más, ni menciona en el articulado la necesidad de emitir tal consentimiento, a diferencia, como se ha visto antes, de lo preceptuado para el marido en el caso del matrimonio heterosexual en el artículo 6.3 de la ley¹²². Ahora bien, se ha afirmado que

¹¹⁹ FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹²⁰ TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento”, cit. p. 9, no entiende la razón de tal distinción. A juicio de Sánchez Hernández, A., “La feminización del Derecho Privado y las técnicas de reproducción asistida”, *El levantamiento de velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y M. R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, p. 691, la diferencia en el tratamiento legal del consentimiento del cónyuge hombre y del cónyuge mujer en la LTRHA marca un evidente distanciamiento de la filosofía presente en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo otorgándoles los mismos requisitos y efectos que al matrimonio heterosexual (artículo 44.2 del Código Civil).

¹²¹ FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹²² TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento”, cit. p. 10, no entiende que la LTRHA no haya ampliado la necesidad de dar el consentimiento autorizando las técnicas también al caso del matrimonio de mujeres, sobre todo teniendo en cuenta la función que cumple: además

esta ausencia, o esta no referencia legal, no impide que la mujer casada con otra pueda prestar su consentimiento a la fecundación asistida de su cónyuge¹²³. De hecho, en la práctica registral se está exigiendo este consentimiento cuando la cónyuge acude al Registro Civil para declarar su voluntad de asumir la maternidad del nacido (y las clínicas también presentan a la cónyuge de la madre gestante el formulario para que lo firme)¹²⁴.

Sí que merece la pena detenerse en la razón por la que la LTRHA no alude a la necesidad de que la mujer casada con otra preste su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida. Parece que la razón se halla en que en el matrimonio heterosexual, al jugar la presunción de paternidad del marido respecto al nacido por el juego del artículo 116 del Código Civil, si aquel da su consentimiento ya no podrá impugnar la filiación. Al no existir en el matrimonio de mujeres una presunción análoga de maternidad, no tiene tanta urgencia ya que la mujer consienta con carácter previo al empleo de las técnicas de reproducción asistida¹²⁵.

Ahora bien, sorprende a la doctrina que, a pesar de tratarse de la determinación de una filiación que posee un claro carácter matrimonial (aunque el tenor literal del artículo 7.3 LTRHA no lo diga¹²⁶), no se ha optado por el legislador por la inclusión de una clase de presunción de maternidad conyugal. Se añade, además, que nada hubiera impedido que se estableciera una presunción semejante en caso de que constara el matrimonio de la madre gestante con otra mujer¹²⁷. No obstante, a mi juicio, en el caso del matrimonio de mujeres no podría introducirse una

de servir para impedir la impugnación de la presunción de paternidad en la hipótesis del matrimonio heterosexual sirve para aceptar al hijo como propio, con los efectos patrimoniales y personales que a ello va ligado.

¹²³ VERDERA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos”, cit. p. 288.

¹²⁴ Tomás Martínez, G., “El consentimiento”, cit. pp. 11 y ss.

¹²⁵ En este sentido, NANCLARES VALLE, J., “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2008 (BIB 2008/578), p. 13 (aranzadidigital.es). Esta es la razón también por la que, para BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España”, cit. p. 157, carecen de justificación las críticas doctrinales hechas calificando la ley de discriminatoria y vulneradora de los derechos de la personalidad de la mujer casada, al no exigir consentimiento previo para el uso de las técnicas a su cónyuge mujer.

¹²⁶ VERDERA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos”, cit. p. 288, señala que, a pesar de que el artículo 7.3 LTRHA no se pronuncie, el nacido debe calificarse como hijo matrimonial en la medida en que quienes son considerados como padres desde el punto de vista jurídico están casados entre sí.

¹²⁷ En este sentido se pronuncia VERDERA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos”, cit. p. 287.

presunción *ex lege* de maternidad de la cónyuge de la madre biológica exactamente igual a la presunción legal de paternidad del artículo 116 del Código Civil. Este último artículo permite presumir que el hijo nacido de la esposa es hijo del marido en la medida en que existe la posibilidad de una relación biológica fértil entre ambos cónyuges, cosa que es absolutamente imposible en el matrimonio de dos mujeres¹²⁸. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley 35/2005, de 1 de julio, explica que los artículos 116 a 118 del Código Civil no pueden aplicarse a los matrimoniales homosexuales. En el matrimonio de mujeres, más que presumir *ex lege* la maternidad de la esposa de la madre, sería preferible presumir que la cónyuge que da su consentimiento expreso al uso de las técnicas de reproducción asistida de la madre biológica manifiesta su deseo de ser madre¹²⁹. Otra cosa distinta es qué instrumento formal ha de otorgarse para dar dicho consentimiento, si basta el formulario en el centro médico o debe hacerse en un documento público con las garantías que ello ofrece, dada la trascendencia que posee y lleva consigo tal decisión.

Hay otro aspecto que ha llamado la atención de la doctrina en relación con esta no mención del consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida en el caso del matrimonio de mujeres frente a su exigencia en el caso del matrimonio heterosexual y que justificaría, desde luego, que tal requisito se trasladase también al matrimonio de mujeres. Entre otras razones, la exigencia de consentimiento por parte del marido se explica porque las características del vínculo matrimonial no son conciliables con que una decisión tan importante y con tantas consecuencias sea adoptada solo por uno de los cónyuges, ignorándolo el otro. Es sorprendente desde luego que el legislador haya regulado la doble maternidad de tal modo que permita que una mujer casada adopte de modo individual la decisión de ser madre a través de las técnicas de reproducción asistida sin que tenga que conocerlo y emitir su consentimiento la otra mujer que integra el

¹²⁸ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 114, señala que “no cabrá deducir de un *hecho indicio* (nacimiento de casada) un *hecho presunto* (maternidad del cónyuge). Si opera en tal sentido, el legislador establecerá una ficción legal: cerrará los ojos a la realidad anudando a un *hecho una consecuencia jurídica, no otro hecho*”.

¹²⁹ Por su parte señala CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La ‘comaternidad’: matrimonio entre mujeres y filiación”, *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, p. 436, que, aunque la lógica interna de la Ley 13/2005 debería llevar a la presunción *ex lege* de la maternidad de la esposa de la madre (siendo además una presunción *iuris tantum* y, por tanto, rebatible), quizás menos forzado sería presumir el consentimiento prestado por la esposa de la usuaria que se somete a las técnicas de reproducción asistida.

matrimonio. Pero el legislador va más allá, en la medida en que queda a la libre voluntad de la cónyuge no gestante la asunción de la maternidad (a través de su potestativa declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil), a pesar de que luego el hijo va a formar parte de la vida familiar de dicho matrimonio¹³⁰.

III.2.3 Regulación prevista en otros ordenamientos¹³¹

Hay un primer grupo de ordenamientos que otorgan un trato igualitario y uniforme en el acceso a la paternidad y a la maternidad tanto a matrimonios heterosexuales como a matrimonios de mujeres. Además, la determinación de la filiación materna y paterna se fundamenta en ambos casos en un consentimiento expreso y formal dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida. El primer ejemplo es el ya aludido artículo 235-8.1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, que prevé que es suficiente para que sea considerado hijo el nacido de la fecundación asistida el consentimiento del cónyuge (ya sea varón o mujer), expreso y formalizado, en un documento extendido ante el centro autorizado, aunque también tiene la misma función el extendido en un documento público¹³².

El segundo ejemplo son los artículos 562 y 569 del Código Civil y Comercial de Argentina de 2014¹³³, de modo que en virtud de tales artículos la filiación quedará determinada, en los casos de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre del hombre o de la mujer, casados o pareja de hecho de la mujer que dio a luz, debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este código hay, además, en el artículo 566 una presunción de paternidad y de maternidad

¹³⁰ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal”, cit. pp. 97-98.

¹³¹ No se pretende en absoluto llevar a cabo en este apartado, por razones evidentes de espacio, un análisis exhaustivo de todos los ordenamientos jurídicos que permiten acceder al matrimonio y parejas de lesbianas a las técnicas de reproducción asistida. Véase al respecto una enumeración de tales ordenamientos en *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, Council of Europe, 2011, p. 99 (<http://www.coe.int/t/commissioner/source/LGBT/report/Part6.pdf>).

¹³² GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentari al article 235-8 del Codi Civil de Catalunya”, cit. p. 597, afirma que se entiende por documento extendido en un centro autorizado aquel documento sanitario o clínico en el que se autoriza la práctica de la fecundación. A su juicio, no resulta aplicable la presunción de paternidad matrimonial, en la medida en que el consentimiento es contemplado como el medio exclusivo de determinación de la filiación.

¹³³ Véase *Infojus*. Sistema argentino de información jurídica (<http://www.infojus.gob.ar>) (fecha de consulta: diciembre 2014). El citado Código entra en vigor en agosto de 2014.

del o de la cónyuge, pero se aclara en su párrafo segundo que tal presunción no se aplica en los casos de reproducción asistida si el o la cónyuge no prestó su consentimiento previo, informado y libre.

Hay un segundo bloque de ordenamientos en los que, aunque se opta también por un idéntico sistema de conceder valor jurídico de determinación de la filiación al consentimiento dado al uso de las técnicas de reproducción asistida, no obstante la peculiaridad está en que se excluye la necesidad de dar un consentimiento expreso y se presume el mismo a raíz de la existencia de ciertas circunstancias en el momento de realización de las técnicas de reproducción asistida. Considero, sin embargo, que no deberían presumirse los consentimientos a dicha técnica debido a las características singulares que tiene este tipo de reproducción, llevada a cabo por medios artificiales y no naturales, aplicables a casos donde hay una imposibilidad de una relación biológica fértil entre los miembros de la pareja y sobre todo si a dicho consentimiento va ligada como consecuencia la determinación de la filiación. La emisión de un consentimiento expreso y formal garantiza la seguridad jurídica y la reflexión de la decisión tomada. Este sistema se instaura en Inglaterra el 6 de abril de 2009, cuando entra en vigor la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008. Su artículo 42 (Woman in a civil partnership at time of treatment) establece que si en el momento de la implantación del embrión, de los óvulos o de la inseminación artificial, ambas mujeres eran civil partners (es decir, forman parte de una unión civil registrada de acuerdo con la Civil Partnership Act 2004), la mujer no gestante va a ser tratada automáticamente como progenitora legal del niño, a menos que pruebe que no consintió la implantación o la inseminación. Idéntico trato se da a los matrimonios heterosexuales, de modo que el marido es automáticamente reconocido como padre del niño nacido como resultado del tratamiento recibido por su esposa, a menos que el marido acredite que no consintió el tratamiento [s. 35 (1) HFEA 2008]¹³⁴.

De modo reciente se han introducido algunas modificaciones en el artículo 42 HFEA 2008 a raíz de la aprobación de la Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, que permite contraer matrimonio a las parejas homosexuales. El

¹³⁴ VONK, M., "Children and their parents", cit. pp. 165-166, describe los trámites parlamentarios previos a la aprobación del acceso a la comaternidad en la HFEA 2008. Hay una segunda vía para acceder a la maternidad legal en el artículo 43 HFEA 2008 (*Treatment provided to woman who agrees that second woman to be parent*) cuando ambas mujeres no forman parte de una unión civil registrada sino de una informal *same-sex cohabitation*, que requiere de la compañera de la madre biológica la realización de un conjunto de actos análogos a los exigidos al hombre no casado con la mujer receptora de las técnicas. Así, la reproducción ha de efectuarse en un centro autorizado, en vida de la pareja femenina de la receptora y han de cumplirse las condiciones acordadas de maternidad, que se encuentran

cambio simplemente consiste en añadir, a continuación de la expresión “Civil Partnership”, el término “Marriage”, según que las dos mujeres hayan optado por formar parte de una unión civil registrada o contraer matrimonio. Pero, en todo caso, ya hayan hecho una u otra elección, el medio de acceder a la doble maternidad es idéntico al que introduce en su día la HFEA 2008.

En términos parecidos se expresan el Código Civil de Quebec y algunos ordenamientos de países escandinavos, aunque en todos estos textos legales no es tan explícita la presunción del consentimiento para el uso de las técnicas de reproducción asistida cuando existen determinadas circunstancias en el momento de realización de las mismas, sino que directamente introducen una presunción legal de maternidad a favor de la cónyuge de la madre gestante. El artículo 538.3 del Código Civil de Quebec (precepto introducido en el año 2002 y encuadrado entre los pioneros que permitieron la posibilidad del acceso a la doble maternidad) mantiene que si un niño nace de un proyecto parental que implica la procreación asistida entre cónyuges durante el matrimonio o la unión civil, o dentro de los 300 días siguientes a la disolución o anulación, se presume que el cónyuge de la mujer que da a luz es progenitora del niño¹³⁵. Desde luego la presunción de que ha habido consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida pudiera inferirse de la expresión “proyecto parental que implica la procreación asistida durante el matrimonio o la unión civil”. De hecho, la cónyuge o compañera que no desea ser considerada madre del niño deberá probar que no ha existido un proyecto parental o que la concepción fue por causas ajenas a las técnicas de reproducción asistida¹³⁶.

recogidas en el artículo 44 (“*The agreed female parenthood conditions*”). Así, entre otras condiciones, la “potencial madre” debe dar un documento escrito a la persona responsable de la clínica manifestando que consiente en ser tratada como la otra madre del niño nacido de las técnicas de reproducción asistida, y la madre biológica, a su vez, también debe consentir por escrito su conformidad con que la otra persona asuma dicho papel. Señala JONES, C., “The identification of ‘parents’ and ‘siblings’: New possibilities under the reformed Human Fertilisation and Embriology Act”, *Rights, Gender and Family Law* (J. Wallbank, S. Choudhry and J. Herring ed.), 2010, Routledge, p. 231, que ha sorprendido a la doctrina inglesa que en las secciones 42 y 43 HFEA 2008 el legislador utiliza el término “parent” y no el de “mother”.

¹³⁵ Puede consultarse tal precepto en <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=526> (fecha de consulta: 14 de diciembre 2014).

¹³⁶ PRATTE, M., “La tensión entre la filiación légal, biológica et sociale dans le droit québécois de la filiación”, *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage* (ed. I. Schwenzer), Antwerpen-Oxford, 2007, p. 104, señala, además, que cuando la concepción procede de un acto sexual con un hombre, este podrá, dentro del año siguiente al nacimiento, solicitar la determinación de su paternidad, y la cónyuge de la madre biológica no podrá oponerse invocando la posesión de estado.

También en esta misma línea se encuentran Noruega (desde el año 2009) e Islandia (desde el año 2010). En ambos ordenamientos se garantiza a la que es esposa de la madre biológica durante el tratamiento de reproducción un status parental ex lege como co-madre desde el momento del nacimiento del niño. Esta solución se ha calificado por la doctrina como una presunción legal de co-maternidad¹³⁷. Por último, en Estados Unidos, algunos estados atribuyen también de modo automático la maternidad a la pareja lesbica casada o registrada de la madre que da a luz¹³⁸.

En un tercer bloque de ordenamientos, con un sistema más complejo de acceso a la doble maternidad, se encuadra el ordenamiento holandés, en el que desde el 1 de abril de 2014 es posible que las parejas y matrimonios de lesbianas lleguen a ser madres sin el procedimiento de la adopción. La combinación de dos leyes (Act on Lesbian Parentage de 25 de noviembre de 2013 y la Act Removing a Number of Differences between Registered Partnership and Marriage de 27 de noviembre de 2013) permite que la cónyuge o la pareja registrada de la madre biológica se convierta por imperativo de la ley en madre legal del niño si ambas presentan una declaración de la Donor Data Foundation en el registro del nacimiento del niño (que deberá practicarse dentro de los tres días posteriores a dicho nacimiento). Esta declaración debe afirmar que a la madre biológica se le han aplicado técnicas de reproducción asistida en una clínica permitida por la Donor Data Act y que la identidad del donante de esperma es desconocida para ella¹³⁹. Sin embargo, cuando las cónyuges o parejas registradas hayan utilizado esperma de un donante conocido no podrán obtener dicha declaración y, por lo tanto, la cónyuge o pareja registrada de la madre biológica no podrá acceder a la maternidad por este cauce legal. Lo mismo

¹³⁷ En este sentido JÄNTERÄ-JAREBORG, M., “Parenthood for same-sex couples-Scandinavian Developments”, *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives* (ed. K., Boele-Woelki/A., Fuchs), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2012, p. 113. Por el contrario, se otorga un trato distinto en el caso de parejas no casadas. En Noruega la comaternidad se establece por la confirmación de la madre biológica o a través de una decisión judicial. Una decisión judicial se requiere también para la comaternidad de tales parejas en Islandia (consultese cit. pp. 110-111).

¹³⁸ Una información detallada al respecto en SCHWENZER, I., “Convergence and divergence in the Law on Same-Sex Partnerships”, *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (M. Antokolskaia ed.), Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 149, notas de pie de página 29 y 150.

¹³⁹ El hecho de que el donante sea desconocido para la madre biológica no significa que la identidad del donante permanezca desconocida para el niño. El profesional que practica la técnica de reproducción asistida con esperma de donante tiene la obligación de presentar una información específica acerca del donante a la *Donor Data Foundation*, entre la que se incluye información acerca de su identidad. La *Donor Data Foundation* conservará la información y la proporcionará al niño si la solicita. Una vez que el niño alcance la edad

se aplica a las parejas que viajaron al extranjero para el tratamiento médico con esperma de donante anónimo o compraron semen por internet¹⁴⁰.

Pero en este último tipo de supuestos tienen abierta la posibilidad del reconocimiento del hijo, que le concederá a la madre no biológica la misma relación jurídica con el menor que la que obtendría por el anterior cauce legal. Para dicho reconocimiento, la madre no biológica necesita el consentimiento de la madre biológica si el niño es menor de 16 años, y si el niño tiene entre 12 y 16 años, entonces requerirá además el consentimiento del hijo. Tal posibilidad de reconocer un hijo no es una novedad, pero se reservaba a los hombres hasta el 1 de abril de 2014. En caso de que la madre biológica no quiera consentir el reconocimiento del hijo por la otra madre, esta última puede solicitar al tribunal la sustitución del consentimiento de la madre biológica alegando el hecho de que ella es, o fue, la compañera o cónyuge de la madre biológica en el momento en que consintió el acto que condujo a la concepción del niño. Así, el tribunal podría sustituir el consentimiento de la madre biológica si así lo aconseja el mejor interés para el niño¹⁴¹.

III.3 Segunda premisa. Matrimonio de mujeres y no ejercicio del artículo 7.3 LTRHA: límites temporales y formales del precepto

III.3.1 STS de 5 de diciembre de 2013: Primer caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta al artículo 7.3 LTRHA

Se preguntaba Benavente Moreda¹⁴² en el año 2011 qué ocurriría en aquellos casos en que, una vez en vigor el artículo 7.3 LTRHA, la cónyuge de la usuaria, o no ejercita la facultad de atribución de la filiación a su favor, o simplemente lo pretende hacer con posterioridad al nacimiento. Desde luego, la aplicación rigurosa del tenor literal del artículo 7.3 LTRHA conduce, como solución, a que la única alternativa posible en estas situaciones sea la adopción del hijo de su cónyuge nacido por las técnicas de reproducción asistida (artículos 176.2.2.^a y 178.2.1.^º del Código Civil).

de 12 años, tendrá acceso a la información relativa a las características físicas y sociales del donante. Y cuando llegue a los 16 años, el niño podrá requerir información acerca de la identidad de aquel. Dicha información se dará al menor, salvo que el donante pueda acreditar que tiene fuertes razones personales en contra de que su identidad sea revelada. Consultese CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", cit. p. 362.

¹⁴⁰ CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", cit. pp. 362-363.

¹⁴¹ CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", cit. pp. 363-364.

¹⁴² BENAVENTE MOREDA, P., "La filiación", cit. pp. 100-101.

Ahora bien, parece que la STS de 5 de diciembre de 2013¹⁴³ ha abierto la puerta a la doble maternidad en el caso de un matrimonio de mujeres por otra vía distinta a la prevista en el artículo 7.3 LTRHA. En concreto, a la posibilidad de determinar judicialmente la filiación por la vía de la posesión de estado y del consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida por una mujer homosexual no gestante, tras la ruptura de su matrimonio con la mujer gestante, respecto al niño nacido por medio de las técnicas de reproducción humana asistida durante su relación. Es decir, el Tribunal Supremo, probablemente con el fin de solventar los límites temporales y formales a los que está sujeto el artículo 7.3 LTRHA, aplica, para establecer la doble maternidad, las normas del Código Civil sobre reclamación de filiación ante la falta de regulación de esta última materia en la LTRHA. Pero desde luego que el artículo 7.1 LTRHA haga una remisión a las leyes civiles generales en materia de filiación no significa que, ante la ausencia de normas especiales en la LTRHA, aquellas hayan de aplicarse automáticamente, porque tal aplicación podría, además de ser poco cuidadosa con las categorías jurídicas de la filiación¹⁴⁴, dar lugar a resultados no coherentes con el sistema elegido por el legislador en la propia legislación de reproducción asistida¹⁴⁵.

Para entender bien las implicaciones de lo que aquí se está afirmando es preciso partir de los hechos del caso. Antes de contraer matrimonio, dos mujeres (posteriormente demandante y demandada) tienen una hija en común, fruto de las técnicas de reproducción humana asistida, que nace el día 4 de marzo de 2005, siendo inscrita en el Registro Civil como hija de la gestante y siendo adoptada por la otra parte de la pareja con posterioridad, el día 25 de abril de 2008.

El 16 de marzo de 2007 ambas mujeres dan de nuevo su consentimiento escrito para la fecundación *in vitro* de una de ellas. El día 3 de agosto de 2007 se casan y el 14 de diciembre de 2007 nacen dos niñas, que son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre gestante en idéntico orden al que ella lleva. La madre gestante solicita ante

¹⁴³ RJ 2013, 7566. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

¹⁴⁴ Barber Cárcamo, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 95.

¹⁴⁵ Benavente Moreda, P., “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2013, núm. 17, p. 52, nota de pie 83, a propósito de sentencias americanas en las que se ejercitaba la acción de reclamación o de impugnación de la filiación en casos de doble maternidad, aventuraba que casos semejantes podrían ocurrir también en el ordenamiento español. Y que sin duda se plantearía, ante la falta de regulación de estas acciones en la LTRHA, la oportunidad y conveniencia de aplicar las acciones de filiación previstas en el Código Civil y en la LECiv.

el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales practicadas, con el fin de que se corrija el error respecto al estado civil de la madre gestante (aparece como madre soltera) y de que se identifique a su cónyuge a los efectos del reconocimiento de la patria potestad y atribución de apellidos respecto a las menores.

El expediente de rectificación termina con el Auto de 5 de marzo de 2008, que únicamente rectifica lo relativo al estado civil de la madre gestante. La madre biológica interpone recurso de apelación contra tal auto, que es desestimado finalmente por la RDGRN de 26 de noviembre de 2008.

En el mes de junio de 2009 se termina la relación sentimental de ambas mujeres, formulándose por una de ellas demanda de divorcio.

Como puede apreciarse de los hechos del caso, estamos ante un supuesto en que pudiendo la mujer no gestante ejercitar la facultad que le otorga el artículo 7.3 LTRHA para que se atribuya la maternidad a su favor, sin embargo no lo hace, intentándose después por parte de su cónyuge, madre biológica de las niñas, sin éxito, a través de la solicitud de rectificación de error de las inscripciones registrales practicadas. Ambas mujeres firman el consentimiento para la fecundación *in vitro* de una de ellas antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA, pero en el momento de contraer matrimonio y antes del nacimiento de las menores ya está en vigor el mismo. Pudiéramos plantearnos si constituye un impedimento al ejercicio del citado precepto que el matrimonio de ambas mujeres sea posterior en el tiempo a la fecundación. A mi juicio la respuesta ha de ser negativa, ya que para que tenga lugar la atribución de la filiación a favor de la declarante el tenor literal del artículo 7.3 solo exige que cuando preste el consentimiento antes del nacimiento del hijo esté ya casada¹⁴⁶.

La ex cónyuge no gestante interpone, tras la ruptura del matrimonio, una demanda de reclamación de la filiación por posesión de estado respecto de las dos menores en virtud del artículo 131 del Código Civil¹⁴⁷. Solicita

¹⁴⁶ BENAVENTE MOREDA, P., “Orientación sexual”, cit. p. 53, nota de pie 84, mantiene que el tratamiento, por el contrario, difiere para la atribución de la filiación en el caso de los matrimonios heterosexuales en cuanto que estos, para que la filiación sea matrimonial, es preciso que presten el consentimiento a la fecundación asistida y, por consiguiente, el matrimonio ha de ser anterior al momento de la fecundación.

¹⁴⁷ Artículo 131 del Código Civil: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

que se declare que las dos menores son hijas suyas también y que se rectifique la inscripción de nacimiento de las menores con el fin de que aparezcan como apellidos de ambas los suyos también. Las dos primeras instancias estiman la acción de reclamación de la filiación, y contra la sentencia de apelación es interpuesto recurso de casación por la madre gestante de las menores.

Con la desestimación del recurso de casación, el Tribunal Supremo abre la puerta a que la cónyuge no gestante pueda acceder a la atribución de la filiación a su favor respecto de las hijas nacidas de las técnicas de reproducción asistida al margen del cauce elegido por el legislador, que no es otro que el del artículo 7.3 LTRHA. Pero a través de qué cauce en concreto. Por medio de la determinación judicial de la filiación matrimonial estimando la acción de reclamación de la maternidad de la madre no gestante fundada en el principio del consentimiento procreacional y en la posesión de estado de la demandante durante un cierto tiempo.

El interés de la sentencia es claro, como aquí ya se ha afirmado, si se tiene en cuenta que la LTRHA no incluye ninguna referencia al régimen de las acciones de filiación en supuestos de doble maternidad¹⁴⁸. Por tanto, la cuestión clave ante la que pone la sentencia del TS es si cabe aplicar la normativa de las acciones de filiación de reclamación o de impugnación previstas en el Código Civil, basadas en el respeto a la verdad biológica, a este tipo de hipótesis, como la doble maternidad, no fundamentadas en dicha verdad¹⁴⁹.

¹⁴⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 7.

¹⁴⁹ Ya con anterioridad a esta sentencia se había pronunciado parte de la doctrina en contra de la aplicación del régimen de las acciones de filiación basadas en la verdad biológica a hipótesis de la LTRHA no fundamentadas en tal verdad: así, BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España”, cit. pp. 136 y 239, e INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 807. Este último autor señala, entre otras razones, para la no extensión de los medios de determinación de la filiación del Código Civil a la mujer cónyuge de la madre gestante que, al estar basados aquellos en el criterio biológico, es muy complicado aplicarlos a casos en que la única conexión con el nacido es la libre voluntad del cónyuge. Por el contrario, a favor de tal aplicación VERDERA SERVER, R., “Filiación”, cit. pp. 289-290. Llega a mantener, a mi juicio en una conclusión muy discutible (carácter discutible que el propio autor apunta), que si es la mujer no gestante la que ejercita la acción de reclamación de la filiación y no hubiese dado el consentimiento para el uso de las técnicas de reproducción asistida, el comportamiento consistente en el ejercicio de dicha acción equivale a tal consentimiento y se le debe imputar tal maternidad.

III.3.2 Argumentos de la STS de 5 de diciembre de 2013

Voy a centrarme, a continuación, en los tres argumentos que da la sentencia del Tribunal Supremo para estimar la acción de reclamación de la maternidad de la demandante, madre no gestante.

El primer argumento, y que a mi juicio considera más relevante el Tribunal Supremo, es la aplicación del artículo 131 del Código Civil a los casos de doble maternidad, que le lleva a sostener que la posesión de estado de la madre no gestante, por una parte, es una causa para atribuir la filiación a su favor, aunque no haya nexo biológico y, por otra parte, que constituye un refuerzo del consentimiento dado al uso de las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad.

Además apunta que el artículo 131 del Código Civil, que regula la acción de reclamación de la filiación tanto matrimonial como extramatrimonial con base en la posesión de estado, puede ejercitarse por la madre no gestante, en última instancia, por la remisión que el artículo 7.1 LTRHA hace a las leyes civiles.

El Tribunal Supremo considera, como hecho probado por las sentencias de instancia, la posesión de estado: por un lado, hay una relación de hecho de carácter materno-filial entre la demandante, madre no gestante, y las menores por un tiempo determinado (las niñas nacen el 14 de diciembre de 2007 y el matrimonio no se rompe hasta junio de 2009); por otro lado también se deriva tal posesión de estado de los actos llevados a cabo por la propia ex cónyuge demandada, que solicita, al nacer las niñas, que consten en el Registro Civil los datos de su cónyuge relativos a la filiación¹⁵⁰.

Es cierto que el artículo 7.1 LTRHA hace una remisión general a las leyes civiles en lo relativo a la materia de la filiación; en principio, pues, para lo no regulado específicamente en la legislación de técnicas de reproducción

¹⁵⁰ La posesión de estado puede definirse como la relación fáctica que hay entre dos personas en concepto de padre o madre e hijo. De un modo tradicional se ha exigido para la existencia de la posesión de estado tres requisitos: el *nomen*, es decir, que el hijo lleve el apellido del progenitor; el *tractatus*, esto es, que se mantenga entre los interesados el trato correspondiente a la relación paterno-filial, y, por último, la *fama*, consistente en el carácter público de la relación, que sea conocida en su círculo social. Véase estos tres requisitos explicados en DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor”, *RCDI*, 2014, número 744, pp. 1926-1927.

asistida se aplicará el Código Civil. Ahora bien, esta afirmación no puede conducir en ningún caso a sostener una aplicación absoluta, automática e indiscriminada de las normas del Código Civil sobre filiación a supuestos no regulados en la LTRHA, prescindiendo de la finalidad y de los presupuestos de dichas normas de filiación. Aquí se ha constatado que las acciones de reclamación e impugnación de filiación en la hipótesis de doble maternidad no están reguladas en la LTRHA, pero ello no significa que la normativa del Código Civil relativa a dichas acciones pueda aplicarse sin más a los casos de comaternidad.

Porque, como con acierto se ha argumentado, la normativa del Código Civil reguladora de las acciones de filiación está fundamentada en la verdad biológica, de modo que la finalidad última del artículo 131 del Código Civil no es la declaración de la filiación por la mera posesión de estado (la posesión de estado no constituye un título para atribuir la filiación) sino la declaración de la existencia de una filiación por naturaleza. La posesión de estado no es más que un indicio de la filiación natural que se reclama, de modo que nunca tendría éxito con carácter general una acción de reclamación basada en la posesión de estado si las pruebas biológicas impiden la paternidad del que reclama¹⁵¹. En el caso de la doble maternidad parece un hecho obvio que la maternidad de la madre no gestante no puede fundamentarse en la verdad biológica, de modo que nunca podría alegarse la posesión de estado como único fundamento de la acción de reclamación de la maternidad¹⁵².

¹⁵¹ En este sentido se pronuncia QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. pp. 11-13. Igualmente señala BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 128, que la función exclusiva que posee en el actual ordenamiento la posesión de estado es la de constituir un medio de prueba de la relación biológica del hijo con el progenitor en los procesos de la reclamación de paternidad.

¹⁵² Pudiera plantearse la duda de si esta última afirmación quiebra en un supuesto específico, en concreto, en el caso del denominado método ROPA (Recepción de óvulos de la pareja), respecto del cual la Comisión Nacional de Reproducción Asistida informa favorablemente en su dictamen de 4 de diciembre de 2008. Este método consiste en la donación entre mujeres casadas del óvulo de una de ellas para ser fecundado en la otra con esperma de donante. Se ha sostenido que la maternidad de la cónyuge donante del óvulo vendrá determinada por el consentimiento a la atribución de la filiación del nacido a su favor de acuerdo con el artículo 7.3 LTRHA, pero no por el hecho de haber donado sus óvulos para tal fecundación. Así, BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 102. De todas formas el mantenimiento de otra solución distinta para la determinación de la maternidad en esta hipótesis es muy complicada salvo que, y sería desde luego lo deseable, se previese explícitamente en la ley, porque con la actual LTRHA la donación de óvulos y de esperma ha de ser anónima (artículo 5) y por la

El Tribunal Supremo obvia, además, en su argumentación que estamos ante un caso de cuyos hechos probados se deriva que la madre no gestante nunca tuvo impedido el acceso a la doble maternidad tal y como lo permite el artículo 7.3 LTRHA. Probablemente consciente el tribunal de la debilidad de su argumentación cuando afirma la posesión de estado (que erróneamente además califica como una causa para atribuir la filiación jurídica), va más allá, en cuanto mantiene que en la práctica la posesión de estado queda superada por la prestación del consentimiento dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida, porque implica “la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras”¹⁵³. De este modo el Tribunal Supremo hace suyo el pronunciamiento de la Audiencia Provincial cuando la sentencia recurrida afirma que dicho consentimiento ha de apreciarse aunque la posesión de estado hubiera sido escasa, o no se haya probado de forma suficiente. Sigue diciendo el Tribunal Supremo que “(...) Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad”.

Pudiera desprenderse de las palabras del Tribunal que estaría dentro de lo posible que en el futuro tuviera éxito una acción de reclamación judicial de la maternidad basada de forma exclusiva en el consentimiento expresado por la cónyuge no gestante para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida¹⁵⁴. El hecho es que el tribunal le está otorgando al consentimiento dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida

exclusión de la existencia de vínculos legales entre el donante y los nacidos por estas técnicas (artículo 8.3). ARECHEDERRA, L., “Nadie tiene dos madres”, cit. pp. 380-381, afirma que, al no haber regulación legal del método ROPA (no serían aplicables a su juicio ni el artículo 7.3 ni el 8.2 LTRHA), la mujer que aporte los ovocitos no dispondría de acción para reclamar su maternidad genética en caso de que la mujer que da a luz no quiera compartir la maternidad con ella. Como carece de regulación en la LTRHA a este supuesto, a su juicio, habría de aplicársele la regla de que el parto determina la maternidad legal.

¹⁵³ DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “El necesario consentimiento de la mujer casada”, cit. p. 1927, llega a idéntica conclusión. Por su parte DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *Indret* 1/2015, p. 16 (www.indret.com), señala que, a su juicio, la razón por la que el Tribunal Supremo concede un valor tan grande al consentimiento radica en que el criterio de la verdad biológica que rige la normativa del Código Civil reguladora de la filiación no se corresponde ya con los nuevos modelos de convivencia existentes en la actualidad.

¹⁵⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 9, se muestra dubitativa ante tal posibilidad, ya que aquí no está en juego la verdad biológica y porque quizás no sea una solución que convenga al interés del menor.

un valor que en absoluto ha querido otorgarle el legislador a este tipo de hipótesis de matrimonio de dos mujeres en el artículo 7.3 LTRHA. Primero, porque el legislador ha escogido –aunque sea susceptible de críticas– que la atribución de la filiación a favor de la madre no gestante se haga por otro tipo de voluntad distinta al consentimiento dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida en el centro médico, esto es, que haya de consentir la atribución de la maternidad ante el encargado del Registro Civil antes del nacimiento. Con el fallo de la sentencia se estaría tratando de modo distinto al matrimonio de mujeres que ejercita el artículo 7.3 LTRHA, cumpliendo los requisitos legales exigidos, y al matrimonio de mujeres que no hace uso del precepto pudiendo hacerlo. Segundo, porque la LTRHA ni siquiera menciona que la madre no gestante tenga que consentir el uso de las técnicas de reproducción asistida de su cónyuge¹⁵⁵. Por otra parte, tampoco explica el tribunal si se está refiriendo al consentimiento informado emitido en el centro médico y si admitiría otros medios para acreditar el consentimiento procreacional que el dado por escrito en el formulario pertinente en la clínica médica¹⁵⁶. Seguramente en su sentencia sí se está refiriendo al consentimiento informado a la fecundación otorgado en el centro médico, ya que de los hechos probados se deriva que las dos mujeres firman el consentimiento informado en la clínica para el uso de las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, estoy totalmente de acuerdo con la doctrina que mantiene que el Tribunal Supremo debería haber dado una más detallada explicación acerca de en qué consiste tal voluntad procreacional¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Como ya he apuntado con anterioridad en otro epígrafe, este consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida a otorgar por parte del cónyuge de la mujer gestante se contempla en el caso del matrimonio heterosexual (artículo 6.3 LTRHA), pero no para el matrimonio de mujeres. También he afirmado antes que no toda la doctrina está de acuerdo en que la finalidad de atribuir la filiación sea la que haya que dar ni siquiera al consentimiento del marido. Véase QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 16.

¹⁵⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 9, ha mantenido, que al no exigir la LTRHA que la cónyuge no gestante preste su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida en un documento escrito en el centro médico, deberían permitirse otras formas de acreditar la voluntad procreacional de ambas mujeres cuando ejerçiten las acciones de filiación. Ya he subrayado que el artículo 235-8.1 del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya permite que tal consentimiento del o de la cónyuge se realice, además de en un documento sanitario, en un documento público.

¹⁵⁷ QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 13, muy gráfica cuando expresa todos los interrogantes que le suscita el Tribunal: *“Pues esta voluntad, ¿debe ser la de tener ese hijo, fruto de un concreto ciclo reproductivo, o la voluntad de tener descendencia en común con la madre? ¿Y cuándo se puede entender exteriorizada? ¿Cuando la pareja femenina de una mujer que consiente en someterse a estas técnicas también consiente el tratamiento en el centro médico? ¿O es necesario que ese consentimiento vaya*

El segundo argumento del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación interpuesto por la madre gestante hace referencia a los intereses de las parejas de mujeres, que buscan regularizar su situación legal como madres. La sentencia en este sentido lleva a cabo una crítica de la recurrente en cuanto ella se opone con dicho recurso a que la mujer no gestante pueda llegar a determinar legalmente su maternidad, cuando precisamente en el momento del nacimiento de las menores la propia demandada quiso que se regularizara tal situación solicitando la rectificación de los datos registrales para que pudiera aparecer como madre también de las menores su cónyuge. Es decir, el tribunal sostiene que la recurrente parece ir en contra de sus propios actos.

El último argumento utilizado para fundamentar el fallo de la sentencia es la tutela del interés de las menores. El Tribunal considera que la determinación legal de la maternidad de la no gestante es una medida que garantiza el interés de las tres hijas del ex matrimonio, de modo que es la mejor solución para proteger la unidad y estabilidad entre las tres hermanas. A mi juicio esta razón sería la que, en todo caso, hubiera de haber tenido mayor peso para fundamentar la argumentación de la sentencia favorable a la pretensión de la madre no gestante. Es decir, la atención a las circunstancias concretas de lo que en este supuesto se considera interés superior del menor hubiera sido, quizás, la única justificación válida para forzar –como aquí hace el Tribunal Supremo– la aplicación del régimen jurídico de las acciones de filiación del Código Civil y el tenor literal del artículo 7.3 LTRHA con los límites temporales y formales que impone para el acceso a la doble maternidad¹⁵⁸.

La primacía del interés del menor, que ha de presidir cualquier actuación de los poderes públicos relativa a la materia de los menores de edad, responde a la consagración de dicho principio tanto en el plano internacional (Declaración de Derechos del Niño de la Asamblea General de UN de 20 de noviembre de 1959, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 –ambos referidos a la protección general del niño– hasta la Convención sobre los Derechos del

acompañado de otros actos que permitan entender constante la voluntad de ser madre (los actos integrantes de la posesión de estado esgrimida en el caso)? ¿O, por el contrario, cabe probar –por testigos o documentos– que esa voluntad de ser madre se ha expresado aunque no conste el consentimiento en un formulario del centro de reproducción asistida? (...)".

¹⁵⁸ Pero esta opción, señala QUICIOS MOLINA, M. S., “Determinación e impugnación de la filiación”, Navarra, 2014, p. 68, requiere poseer un concepto claro de lo que es más beneficioso para el menor en relación con su filiación, que, a su juicio, no se tiene.

Niño de 20 de noviembre de 1989, con la proclamación del principio del interés superior del niño en su artículo 3.1) como en el plano constitucional (artículo 39 CE) y nacional (Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, con el establecimiento en su artículo 2 de que en la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir). Como se ha puesto de relieve el interés superior del menor posee un doble carácter, por una parte inspira la legislación y, por otra, debe ser aplicado por los órganos judiciales en todas aquellas situaciones relativas a menores¹⁵⁹.

El principio del interés superior del menor ha sido calificado como cláusula general, de modo que su aplicación abriría en este caso concreto a un problema más amplio y mucho más complejo, como es la labor de integración del ordenamiento a través de las cláusulas generales, con toda la polémica existente hacia esta figura, peligrosa en un Estado de Derecho y a la vez indispensable para el progreso del Derecho y la realización de la justicia¹⁶⁰.

¿Estaría justificado, en este caso concreto, que el tribunal, en aras del principio del interés superior del menor, aplicara la normativa del Código Civil de las acciones de filiación, prescindiendo u obviando el presupuesto del que parten y la finalidad a la que responden (aquí, en concreto, el artículo 131 del Código, que está pensando en una posesión de estado fundamentada en la verdad biológica)? ¿O que el tribunal prescindiera de la elección que ha hecho el legislador en el artículo 7.3 LTRHA a favor de que el acceso a la doble maternidad se restrinja a la declaración de voluntad de la mujer no gestante sujeta a determinados límites formales y temporales? Esta aplicación de las cláusulas generales para corregir o flexibilizar las normas legales existentes, muchas veces ante lagunas, requiere ser muy prudente¹⁶¹. En todo caso no hay que olvidar que la introducción por el legislador de este tipo

¹⁵⁹ En este sentido ROCA TRÍAS, E., “Libertad y familia”, Valencia, 2014, p. 66.

¹⁶⁰ Así MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1997, pp. 297-298 y 316-322. A su juicio la consideración de que el uso de cláusulas generales por la jurisprudencia pone en peligro el principio de separación de poderes equivale a olvidar que las leyes nunca son completas y que requieren de ayudas, complemento y correcciones.

¹⁶¹ DE TORRES PEREA, J. M., ha estudiado con detenimiento la materia de la aplicación de las cláusulas generales en el derecho de familia. Véase “Aplicación de cláusulas generales en el Derecho de Familia, ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo II (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 3555 ss. Entiende este autor que en numerosas sentencias

de conceptos jurídicos indeterminados, como es el interés del menor, no significa en absoluto que se esté permitiendo una actuación discrecional por parte del juez, sino que el uso de tales conceptos constituiría la única posibilidad de ofrecer una solución justa al aplicador jurídico¹⁶².

Por todo lo argumentado hasta el momento creo que la pregunta que habría que hacerse es si, como entiende el Tribunal Supremo, la determinación de la maternidad por parte de la mujer no gestante, al margen aquí tanto del régimen de las acciones de filiación del Código Civil como del artículo 7.3 LTRHA, es la solución mejor para conseguir la estabilidad y unidad de las menores. Y sobre todo debería tenerse en cuenta si esta es la única solución justa para la resolución del caso. A mi juicio si lo que está en juego es únicamente la estabilidad y unidad de las menores, tales bienes jurídicos hubieran podido conseguirse también a través del reconocimiento de un régimen amplio de relaciones personales a la demandante, considerándola allegada en virtud del artículo 160 del Código Civil. Evidentemente cabría entre mujeres casadas la alternativa de la adopción, pero en este caso ya no tendría éxito tal medida, porque están divorciadas y se requeriría para dicha adopción el asentimiento de la madre biológica (que dadas las circunstancias no es probable que lo diera).

Otra cosa distinta sería plantearse si el interés de las menores en este caso no se restringe únicamente a la unidad de las hermanas, sino que va más allá, entendiendo que no otorga los mismos derechos a un menor el reconocimiento de un vínculo de filiación que el reconocimiento de un régimen amplio de relaciones personales. Sin duda en este segundo sentido el interés de las menores parece quedar mejor protegido a través

del Tribunal Supremo, en especial en materia de custodia compartida, se ha considerado que la cláusula general del interés del menor puede llevar a decidir por encima de la norma aplicable al caso. Se muestra también favorable a que la insuficiencia del derecho de filiación sea corregida por dicha cláusula general DE LA FUENTE NÚÑEZ CASTRO, M. S., “Acción de reclamación”, cit. p. 22. Pero no obstante, la STS de 6 de febrero de 2014, relativa a la gestación por sustitución, va en contra de la línea anterior, manteniendo que “*La cláusula general de la consideración primordial del interés del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma*” y que “*La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma*” (fundamento 5.º). Consultese el análisis del autor anteriormente citado sobre la sentencia, bastante crítico, en “Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 de marzo de 2014, LA LEY 1435/2014, p. 5 (laleydigital.laley.es), y también consultese HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, CCJC, 2014, número 96, pp. 177-214.

¹⁶² ROCA TRÍAS, E., “Libertad y familia”, cit. pp. 64 y 236.

del reconocimiento de la doble relación de filiación. El reconocimiento de un vínculo de filiación respecto a la mujer que no gesta el hijo le otorga a este en principio una posición más sólida con referencia al derecho de alimentos y a la custodia (en caso de muerte de la madre biológica que convive con él tras la crisis conyugal), además de los derechos hereditarios que tendría respecto de la madre no gestante¹⁶³. Ahora bien, coincido en mis dudas con la doctrina que sostiene que la alegación del interés del menor no tiene un adecuado encaje en la determinación de la filiación, siendo más conveniente su aplicación en la fijación de medidas dirigidas a la protección del menor y a su guarda y custodia. Y ello porque la determinación de la filiación es una materia que no cabe plantear en términos de elección, de manera que quien posee competencia para decidir los títulos en cuya virtud cabe determinar la filiación es el legislador y no los tribunales¹⁶⁴.

III.4 Tercera premisa. Pareja de hecho de mujeres y doble maternidad: límites subjetivos del artículo 7.3 LTRHA

III.4.1 Exclusión de las parejas de mujeres de la doble maternidad

Resulta claro que el artículo 7.3 LTRHA solo se refiere de forma exclusiva a la doble maternidad en mujeres que están casadas; su tenor literal no deja lugar a dudas. Excluye de su ámbito, por tanto, a las parejas de hecho formadas por mujeres. En todo caso parece obvio que el olvido por el legislador de la hipótesis de la doble maternidad en las parejas de hecho de mujeres no fue involuntario, aunque también se ha apuntado que los descuidos del legislador entran dentro de lo posible cuando en los textos legales se realizan reformas a través de disposiciones adicionales a otras leyes. Tal y como aquí se ha explicado antes, el artículo 7.3 LTRHA se introduce por vía de la disposición adicional 1.^a de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que era totalmente ajena a la materia de la filiación¹⁶⁵.

¹⁶³ Así lo afirma también DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal”, cit. pp. 122-123.

¹⁶⁴ En este sentido se manifiesta BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. pp. 129-130. Es preciso no olvidar que, aunque no siempre ha sido una cuestión pacífica, la filiación es un estado civil. Al respecto consultese GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “La filiación”, *Derecho de Familia* (coordinadora Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012, pp. 1608-1609.

¹⁶⁵ Estas consideraciones en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. pp. 86-87. Realiza las siguientes observaciones sobre la citada exclusión legal (cit. p. 88): “*¿(…) debemos entender que es porque considera que no cabe atribuir por esta vía la filiación en tales casos? ¿debemos entender que la sociedad aún no está madura para admitir tales situaciones o debemos pensar que aún no se ha producido una reivindicación suficiente para modificar la ley nuevamente de forma atropellada?*”.

Aunque se ha apuntado la posibilidad de la aplicación analógica a las parejas de hecho de mujeres del trato dado por el legislador a las parejas de hecho heterosexuales¹⁶⁶, no parece que tal posibilidad encaje en el actual artículo 8.2 LTRHA, que es el precepto que regula la atribución de la paternidad extramatrimonial en el caso del varón no casado cuando la fecundación de la mujer se lleva a cabo con contribución de donante (“Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”). Y ello aunque hubo varias enmiendas que en su día se presentan al Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida solicitando que la expresión “varón” del artículo 8.2 LTRHA se sustituyera por la persona “que comparte la vida con la usuaria”¹⁶⁷. En cualquier caso, el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida no determina de forma automática la filiación para la pareja de hecho heterosexual, sino que solo sirve a los efectos establecidos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil de 1957, es decir, para iniciar un expediente gubernativo. Se ha apuntado además que esta diferenciación actual de trato entre las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales en cuanto a la determinación de la filiación estaría justificada por esta imposibilidad de relación biológica que existe entre las parejas de mujeres, que explica que el legislador haya optado en el caso de las parejas de hecho heterosexuales por la atribución de los títulos de determinación de la filiación comunes, a partir del consentimiento previo del varón a la fecundación heteróloga de la mujer¹⁶⁸.

La opción, sin embargo, del legislador catalán ha sido la de otorgar un tratamiento uniforme para la determinación de la filiación extramatrimonial a las parejas de hecho heterosexuales y a las homosexuales¹⁶⁹. Y el mismo cauce para la atribución de la filiación en el caso de las parejas de hecho lo ha reconocido a los matrimonios, heterosexuales y homosexuales, aunque

¹⁶⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “Los problemas planteados por la filiación”, cit. p. 6.

¹⁶⁷ BENAVENTE MOREDA, P., “Orientación sexual”, cit. p. 59.

¹⁶⁸ Así BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España”, cit. p. 138.

¹⁶⁹ Así el artículo 235-13.1 del Libro 2.º del Código Civil de Cataluña señala: “Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”.

en otro precepto distinto al de las parejas de hecho¹⁷⁰. Tanto en la pareja de hecho como en el matrimonio la fuente de determinación de la filiación se basa en el consentimiento a la fecundación asistida, y la consideración de matrimonial o no matrimonial de la filiación depende de que en el momento de la emisión del consentimiento los padres estén o no casados¹⁷¹.

Es complicado explicar la exclusión de las parejas de hecho de mujeres de la posibilidad otorgada por el artículo 7.3 LTRHA, siendo comunes las voces doctrinales que critican al legislador por la actual disparidad de trato entre el matrimonio homosexual de mujeres y las parejas de hecho de mujeres en cuanto al acceso a la doble maternidad¹⁷². Se ha propuesto la aplicación por analogía del citado precepto a las parejas lésbicas¹⁷³. Ahora bien, hay argumentos fuertes en contra del mantenimiento de una identidad de razón que conduzca a la aplicación analógica del precepto. Así, se han sostenido, entre otros, la estabilidad que caracteriza el matrimonio y la falta de una norma en el Derecho Común que exija la equiparación entre el matrimonio y las parejas de hecho con carácter general; de hecho el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de un diferente trato entre ambas hipótesis, debido a sus objetivas diferencias¹⁷⁴.

A mi juicio el problema ha de enfocarse desde otra perspectiva distinta. Solo cabría plantearse la posible inconstitucionalidad del artículo 7.3 LTRHA en cuanto el precepto, al requerir el matrimonio para la determinación de la filiación, podría traer consigo una discriminación con efectos directos sobre el menor¹⁷⁵. Desde luego carece de explicación que, una vez reconocido por el legislador el acceso a la doble maternidad para el matrimonio de mujeres, no se haya previsto también en el caso de parejas de hecho (eso sí, con la exigencia de cierta estabilidad en dicha pareja). No tendría sentido negar a los hijos nacidos de una mujer, unida

¹⁷⁰ Véase el artículo 235-8.1 relativo a la fecundación asistida de la mujer casada.

¹⁷¹ Consultese GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentari al article 235-8 del Codi Civil de Catalunya”, cit. p. 597. Considera BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 60, que la solución catalana de unificar todas las hipótesis es una solución mucho más coherente y sencilla que la que realiza el legislador estatal.

¹⁷² BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 87, y NANCLARES VALLE, J., “Reproducción asistida”, cit. p. 14.

¹⁷³ PADIAL ALBÁS, A., “La discriminación de la cónyuge”, cit. pp. 286 y 292.

¹⁷⁴ En este sentido BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España”, cit. p. 138.

¹⁷⁵ En este sentido también PARRÓN CAMBERO, M. J., “Mater semper certa est?”, *La Ley*, 15 de abril de 2014, número 8293, LA LEY 1746/2014, p. 5 (laleydigital.laley.es).

en convivencia more uxorio con la gestante, los derechos derivados del doble vínculo filial, ya que se les estaría discriminando por el hecho de nacer de una mujer unida a otra por convivencia more uxorio frente a los nacidos de una mujer unida en matrimonio con otra. Podría haber una discriminación hacia los niños por razón del nacimiento. En este sentido es interesante aludir al contenido del Principio 3:5 (“No discriminación del niño”) de los Principles on Parental Responsibilities: “Los niños no deben ser discriminados por causa de sexo, raza, color, religión, opinión política o de otro tipo, origen sexual, discapacidad, patrimonio, nacimiento u otro estado, tanto si esos motivos se refieren al niño o a los titulares de la responsabilidad parental”¹⁷⁶. En las notas de Derecho Comparado a tal precepto se señala que el desigual trato de los niños a menudo tiene que ver con una causa directamente conectada a otra persona próxima al niño, como puede ser la homosexualidad de esa persona. Y el comentario al precepto apunta que las diferencias de trato dependen con frecuencia de si los padres del niño están o no casados entre sí¹⁷⁷.

Por consiguiente, las vías que tendrían abiertas en el momento actual las parejas de hecho de mujeres (por lo menos hasta la STS de 15 de enero de 2014¹⁷⁸, a la que inmediatamente me referiré) son dos. Así, cuando resulte aplicable el régimen común establecido por el Código Civil la pareja de hecho del mismo sexo podrá adoptar al hijo por naturaleza de la conviviente cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 178.2.2.º del Código (para ello se requiere que el adoptando, adoptante y progenitor presten su consentimiento)¹⁷⁹. La segunda vía es la solicitud

¹⁷⁶ El texto de tales principios, elaborados por la *Commission on European Family Law* (CEFL), puede encontrarse en <http://www.ceflonline.net/principles> (fecha de consulta: diciembre 2014).

¹⁷⁷ Consultese al respecto BOELE-WOELKI, K./FERRAND, F./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./JÄNTERÄ-JAREBORG, M./LOWE, N./MARTINY, D./PINTENS, N., “Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities”, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 46 y 48. Se ha señalado por POLIKOFF, N. D., que ni los más arduos oponentes de la paternidad/maternidad de parejas homosexuales quieren restaurar una nueva categoría de hijos ilegítimos, una vez superada la discriminación existente durante muchos años entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales [consultese “A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century”, *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2009, vol. 5, p. 212 (American University, Washington College of Law Research Paper No. 2010-14) (<http://ssrn.com/abstract=1602034>)].

¹⁷⁸ RJ 2014, 1265. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

¹⁷⁹ Estas observaciones y una referencia a la hipótesis de que la adopción por parte de la pareja de hecho del mismo sexo quede sometida a alguno de los regímenes autonómicos en BERIAIN FLORES, I., “La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja”, Valencia, 2014, pp. 81-82, 152-154 y 184.

por parte de la pareja de la madre gestante del reconocimiento de un régimen de relaciones personales con el menor nacido, en cuanto persona allegada, a la luz del artículo 160.2.^o del Código Civil¹⁸⁰. Esta segunda vía se presenta como la más adecuada cuando se ha producido la ruptura de la relación entre ambas mujeres y no cabe el cumplimiento del requisito exigido por el Código Civil relativo al consentimiento a la adopción del progenitor del menor.

III.4.2 STS de 15 de enero de 2014: Segundo caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta del artículo 7.3 LTRHA

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 se refiere a un caso de una pareja de hecho de lesbianas que no utiliza la vía del artículo 7.3 LTRHA, por una parte, porque no están casadas y, por otra, más importante, porque el nacimiento del niño se produce antes de la entrada en vigor del precepto (en concreto, en el año 2003). Tras la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA no llegan nunca a contraer matrimonio. La mujer no gestante, tras la ruptura de la relación sentimental entre ambas, interpone la acción de reclamación judicial de la filiación no matrimonial en relación con el menor nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida durante tal relación, por el cauce del artículo 131 del Código Civil, alegando la existencia de la posesión de estado.

El Tribunal Supremo aplica a este caso similar argumentación a la ya utilizada en la STS de 5 de diciembre de 2013; ha lugar al recurso de casación de la demandante y estima la acción de reclamación de la maternidad. Con el fallo abre la puerta a la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial de una mujer miembro de una pareja de hecho homosexual por la vía de la posesión de estado. La diferencia radica en que la STS de 15 de enero de 2014 no otorga tanto valor al consentimiento procreacional como el que le da la sentencia de 2013, sino que el peso del fallo recae sobre todo en la posesión de estado. El motivo seguramente se halla en que, así como en la dictada en 2013 es

¹⁸⁰ Así lo ha reconocido, en virtud del interés del menor, la STS de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280). Véase un comentario a la misma de DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Comentario a la STS de 12 de mayo de 2011”, *CCJC*, 2012, número 88, pp. 425 ss. Señala esta autora una cierta incoherencia en esta sentencia, ya que, por un lado, al no reconocer la maternidad de la ex pareja de hecho de la madre biológica es respetuosa con los títulos de la determinación de la filiación existentes en nuestro ordenamiento pero, por otro, reconoce a la demandante, en cuanto allegada, un amplísimo régimen de estancia con la menor, superior incluso al fijado en muchos casos en relación con el derecho de visitas del progenitor tras la crisis matrimonial (cit. p. 449).

un hecho probado que las dos mujeres dan su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida en el centro médico, en la sentencia de 2014 la prueba de que la madre no gestante consiente la fecundación no es tan indudable.

Probablemente el tribunal dicta su decisión con el fin de paliar la injusticia que para buena parte de la doctrina implica la limitación subjetiva del acceso a la doble maternidad del artículo 7.3 LTRHA. Tal fallo permite responder en sentido afirmativo a algunos de los interrogantes que la doctrina apuntaba, de cara al futuro, tras dictarse la anterior STS de 5 de diciembre de 2013. Así, Díaz Martínez se preguntaba si la acción de reclamación de filiación podría ejercitarse no solo cuando las mujeres estuvieran casadas y no hubiera sido posible determinar la filiación por la vía del artículo 7.3 LTRHA (o no hubiera querido hacerse uso de tal precepto). En aquel momento la citada autora aventuraba que no veía obstáculo alguno para que tal acción se extendiera a un número mayor de casos, ni por la doctrina ni por los argumentos apuntados por el Tribunal Supremo en su decisión de 2013. A su juicio, la solución podría extenderse a las parejas de hecho no casadas siempre y cuando se den los presupuestos del proyecto reproductivo en común y de la posesión de estado¹⁸¹.

Paso, a continuación, a estudiar los hechos de la decisión de 2014. La relación sentimental entre las dos mujeres transcurre desde enero de 1996 hasta junio de 2006, sin que lleguen a contraer matrimonio en ningún momento. El 13 de noviembre de 2003 nace, fruto de las técnicas de reproducción asistida con esperma de donante anónimo, el menor. Tras la ruptura de la relación de pareja en 2006, acompañada al parecer de malos tratos, la ya mencionada STS de 12 de mayo de 2011 mantiene a favor de la excompañera de la madre gestante un régimen de relaciones personales como “allegada” con la menor en virtud del artículo 160.2.º del Código Civil, atendiendo a la conveniencia para el interés del menor. Con posterioridad, la mujer no gestante interpone una acción de reclamación judicial de la maternidad en virtud del artículo 131 del Código Civil, basada en la posesión de estado.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, entendiendo que queda probada la posesión de estado por varios hechos (el segundo nombre del menor coincide con el apellido de la reclamante, trato del menor como hijo, existencia de un proyecto común en su día...) y que cabe la aplicación retroactiva del artículo 7.3 LTRHA, en cuanto existe una

¹⁸¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 8.

relación análoga de afecto entre la pareja de hecho y el matrimonio. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial¹⁸² estima el recurso de apelación de la madre gestante, argumentando que la acción ejercitada por la demandante no es el 7.3 LTRHA, sino el artículo 131 del Código Civil. Además, entiende que no es posible aplicar en este caso el artículo 7.3 LTRHA, al no estar prevista la eficacia retroactiva en la propia ley. Añade que este precepto está pensado exclusivamente para parejas casadas y no estima probada la posesión de estado por el escaso tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (en total tres años), aunque la mujer no gestante se comportara como madre.

El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación de la mujer no gestante.

III.4.3 Argumentos de la STS de 15 de enero de 2014

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para estimar la acción de reclamación se reducen fundamentalmente a dos:

El primero es la compatibilidad existente entre la regulación de las acciones de filiación (y, por consiguiente la posesión de estado) y la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Basa tal compatibilidad, utilizando una argumentación un tanto confusa, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación: principio de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de la filiación (artículos 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (artículo 39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE).

La compatibilidad de estas dos normativas se refleja, según el tribunal, en que los consentimientos prestados para el uso de las técnicas de reproducción asistida integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual en cuanto a la función legitimadora del ejercicio de la acción y en cuanto a su función de medio de prueba de la filiación reclamada. Se muestra disconforme con la interpretación que la sentencia de apelación realiza sobre los hechos en cuanto la Audiencia Provincial no considera acreditada la posesión de estado¹⁸³.

¹⁸² Sentencia de la AP de Toledo de 17 de enero de 2012 (JUR 2012, 96331).

¹⁸³ El Tribunal de California ha dado con anterioridad a esta decisión del TS español de 2014 una solución análoga en casos de reclamaciones o impugnaciones de filiación de

El segundo argumento pondera la acción de filiación ejercitada con el interés superior del menor. Según el tribunal el interés del menor ha de suponer un control para determinar el alcance que ha de darse al consentimiento prestado por la pareja de la madre biológica. En este caso concreto concluye que la estimación de la acción de reclamación judicial de la filiación no va en contra del principio del interés superior del menor.

Como ya he apuntado antes, de nuevo en esta sentencia el Tribunal Supremo trata de paliar la insatisfacción que ha manifestado la doctrina ante los estrechos márgenes que tiene el artículo 7.3 LTRHA, en concreto, ante su limitación subjetiva excluyendo de la doble maternidad a las parejas homosexuales de mujeres¹⁸⁴. Pero, al igual que en la anterior decisión de 2013, a mi juicio sería más deseable un cambio procedente del legislador que el Tribunal Supremo, a través de sus fallos, llegue a resultados que traen consigo incoherencias claras dentro del sistema.

El Tribunal Supremo acude a las normas generales de filiación del Código Civil y, en concreto, a la acción de reclamación judicial de filiación por posesión por estado (artículo 131 del Código Civil). Pero el artículo 7.1 LTRHA solo remite a las normas generales del Código Civil cuando no hay una regla especial de filiación en la propia ley. Aquí la hay, es el artículo 7.3 LTRHA, que conscientemente solo prevé esta facultad de atribuir la doble maternidad a las parejas casadas. Pero, incluso, aunque sostuviéramos que hay una laguna legal en este punto y que obvia la doble maternidad en el caso de convivientes *more uxorio*, es evidente, como ya he sostenido en el anterior epígrafe, que no pueden aplicarse de forma indiscriminada y automática las normas del Código Civil sobre filiación, pensadas para casos en que hay un vínculo biológico entre los padres y los hijos, vínculo que no existe en el caso de la pareja o cónyuge de la madre biológica.

Con esta decisión el Supremo está otorgando de nuevo, esta vez a las parejas de hecho de mujeres, un sistema de determinación de la filiación

doble maternidad entre parejas de hecho. En el Estado de California, aunque sin normativa al respecto, se ha admitido la doble maternidad por aplicación analógica de las normas que rigen la determinación de la filiación para parejas heterosexuales atendiendo a dos elementos: la voluntad previa a la concepción y la posesión de estado. Véase el examen que al respecto hacen de estas decisiones judiciales FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M., *¿Madres?*, cit. p. 5.

¹⁸⁴ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, "A vueltas con la doble maternidad por naturaleza y la reclamación de la filiación por posesión de estado", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, número 1, La Ley 2237/2014, p. 3 (laleydigital.es).

al margen del previsto en el artículo 7.3 LTRHA, al conceder un valor jurídico tanto a la posesión de estado (desvinculada del hecho biológico) como al consentimiento prestado al uso de las técnicas de reproducción asistida, que refuerza dicha posesión de estado. Y eso que no está tan claro, además, que en este caso haya existido realmente voluntad procreacional por ambas partes (según manifiesta la ya citada STS de 12 de mayo de 2011).

El trato otorgado por el Tribunal Supremo en este caso a las parejas de hecho de mujeres difiere del tratamiento que reciben por el legislador tanto los matrimonios de mujeres como las parejas de hecho heterosexuales cuando llevan a cabo una fecundación artificial heteróloga. En el caso del matrimonio de mujeres, ya he subrayado que el artículo 7.3 LTRHA no concede ningún valor jurídico al consentimiento dado por la madre no gestante al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Y en el caso de la pareja de hecho heterosexual, el artículo 8.2 LTRHA tampoco concede al documento de prestación de consentimiento al uso de las técnicas extendido por el varón no casado en el centro el valor de atribuir directamente la paternidad del niño. Solo sirve tal documento para iniciar un expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil que acabará, tras todos los trámites precisos, en la atribución de la filiación. Sin perjuicio de que, como ya se ha sostenido con anterioridad en este trabajo, la remisión de este artículo 8.2 LTRHA al artículo 49 de la Ley de Registro Civil de 1957 quedará vacía de contenido con la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

En esta decisión del Tribunal Supremo de 2014 se emite un Voto particular por tres magistrados (don Francisco Marín Castán, don Antonio Salas Carceller y don Ignacio Sancho Gargallo). En síntesis, los argumentos de tal Voto particular son dos:

El primero de ellos es que los tres magistrados que emiten el voto particular se muestran absolutamente disconformes con la idea de que el fundamento del fallo sea de modo exclusivo la posesión de estado. Si el ordenamiento es un conjunto sistemático y armónico de normas, un caso de filiación de un menor nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida no puede solucionarse al margen de la legislación especial que existe sobre la materia y, en concreto, obviando los artículos 7.1 y 7.3 LTRHA. El artículo 7.1 remite para lo relativo a la filiación al Código Civil, pero excepciona las especialidades introducidas en la propia LTRHA, y entre ellas está el 7.3. Este último precepto establece un régimen específico en materia de filiación y el legislador ha decidido restringirlo al

matrimonio entre la madre biológica y la no gestante. Hasta aquí perfectamente de acuerdo con el Voto particular.

Sí que puede discreparse de otra afirmación que realizan los magistrados en dicho voto para explicar el porqué de esta limitación subjetiva del artículo 7.3 LTRHA. Según el Voto particular el precepto piensa solo en un matrimonio de mujeres en virtud del elemento de estabilidad, o de propósito de estabilidad, que caracteriza el mismo: “Detrás de la exigencia legal de que la mujer esté casada con la madre biológica, y no separada legalmente o de hecho, para que pueda determinarse a su favor la maternidad subyace una opción legal por la estabilidad en la relación que puede conferir su formalización mediante el matrimonio civil, con vistas a facilitar, en beneficio del hijo, el ejercicio de la patria potestad” (razonamiento 6º). Es totalmente cierto que el matrimonio es un lugar en principio privilegiado para que se dé tal elemento de la estabilidad, pero ello no debe conducir necesariamente a pensar que una convivencia *more uxorio* no puede reunir también ciertas características de estabilidad, y que la falta de estabilidad es precisamente la causa de que se haya negado el acceso a la doble maternidad a las parejas de hecho de mujeres por el legislador en la LTRHA. De hecho, cuando se regula la reproducción artificial en el caso de las parejas de hecho heterosexuales en la LTRHA no se alude en ningún momento a la exigencia de estabilidad de dicha pareja (artículos 8.2 y 9.3), cuando seguramente hubiera sido muy deseable que lo hiciera; de ahí que no parece que dicha estabilidad haya sido un factor muy importante para el legislador¹⁸⁵.

Un segundo argumento en que se basa el Voto particular hace referencia a que el fallo de la mayoría (estimar la reclamación de la madre no gestante y atribuir judicialmente la filiación a la misma) es contrario al interés superior del menor, al prescindir de las circunstancias traumáticas de la ruptura de la relación entre las litigantes. De los hechos del caso se desprende que en el momento de la ruptura hubo malos tratos entre las dos convivientes y la consiguiente orden de alejamiento. Los magistrados en el Voto particular entienden que la estimación del recurso de casación

¹⁸⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal”, cit. p. 125, sin embargo, señalaba, antes de que se promulgara el Voto particular de esta decisión judicial de 2014, que quizás sea la estabilidad del matrimonio la razón por la que el legislador se haya limitado a regular la doble maternidad en este ámbito concreto. A su juicio la estabilidad de la pareja y el compromiso de asumir la filiación han de constituirse en criterios relevantes para permitir el acceso a la doble maternidad en las técnicas de reproducción asistida, y no el sexo de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho.

de la mujer no gestante se limita a satisfacer la aspiración de ser madre de la exconviviente, pero no el interés del menor. Señalan una serie de consecuencias indeseables que podrá tener la decisión de la mayoría del tribunal al haber accedido a la doble maternidad, de modo que ello puede implicar una situación potencialmente conflictiva en el futuro no beneficiosa para el menor: la madre no gestante pasa a tener la titularidad de la patria potestad, adquiere expectativas de derechos sucesorios, podrá reclamar la guarda y custodia, la madre biológica verá restringida su libertad en lo relativo al niño.

La conclusión que cabe extraer es que, por muy criticable que sea, el legislador ha decidido dar un margen muy estrecho al acceso a la doble maternidad, sometiéndolo a requisitos formales, temporales y subjetivos. Esta decisión del legislador, a mi juicio, no debería conducir al Tribunal Supremo a ampliar las hipótesis y las circunstancias en que puede accederse a la comaternidad forzando la normativa reguladora de la filiación del Código Civil y creando con ello una serie de disfunciones dentro del sistema legal, generando tratos desiguales en el acceso a la paternidad y a la maternidad entre matrimonios y parejas de hecho (heterosexuales y homosexuales). Ello no excluye, por supuesto, que las decisiones del Tribunal Supremo no puedan incluir llamadas de atención al legislador para que reforme la legislación en cuanto tal reforma se considere necesaria¹⁸⁶.

¹⁸⁶ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2014-52503-P, “Retos Actuales de la Autonomía Privada”, cuyos investigadores principales son María Esther Gómez Calle y José María Miquel González, supeditado a la resolución definitiva de concesión por el Ministerio de Economía y Competitividad, que en el momento presente ha emitido ya una propuesta de resolución provisional favorable a su concesión.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I., "Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva", Cizur Menor, 2003.

ALONSO PÉREZ, M., "De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIII, volumen 2.º (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1988, pp. 1 y ss.

ARECHEDERRA, L., "Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo I (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 371 y ss.

BARBER CÁRCAMO, R., "La filiación en España: Una visión crítica", Cizur Menor, 2013.

"Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución*, 2014, número 28, pp. 93-136.

BENAVENTE MOREDA, P., "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", *Anuario de Derecho Civil*, 2011, fascículo I, pp. 75 y ss.

- "Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Garantías institucionales del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo. A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012", *RJUAM*, 2013, número 27, pp. 327 y ss.

- "Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2013, número 17, pp. 1 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Reproducción asistida *Post Mortem*", *Aranzadi Civil*, 2001, número 2, pp. 2165 y ss.

BERIAIN FLORES, I., "La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja", Valencia, 2014.

BOELE-WOELKI, K./FERRAND, F./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./JÄNTERÄ-JAREBORG, M./LOWE, N./MARTINY, D./PINTENS, N., "Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities", Antwerpen-Oxford, 2007.

BUSTOS PUECHE, J. E., “El derecho civil ante el reto de la nueva genética”, Madrid, 1996.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, volumen 3.^º (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1993, pp. 763 y ss.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La llamada doble maternidad ‘por naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *La Ley*, 30 de enero de 2014, número 8240, La Ley 281/2014 (laleydigital.laley.es).

CAÑIZARES LASO, A., “El reconocimiento testamentario de la filiación”, Montecorvo, Madrid, 1990.

CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *La Ley*, 18 de julio de 2011, La Ley 13920/ 2011, pp. 5 y ss (laleydigital.laley.es).

CASAS BAAMONDE, M. E., “De los derechos y deberes fundamentales”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, pp. 167 y ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Copaternidad y matrimonio entre hombres: La derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”, *Revista de Derecho Privado*, 2014, julio-agosto, pp. 3 y ss.

-“La ‘comaternidad’: matrimonio entre mujeres y filiación”, *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, pp. 423 y ss.

CORRAL TALCIANI, H., “La procreación artificial ‘post mortem’ ante el Derecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, número 1, pp. 6 y ss.

-“Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial”, *Revista Chilena de Derecho*, 1992, núm. 19, pp. 439 y ss.

CURRY-SUMNER, I./VONK, M., “Dutch Co-Motherhood in 2014”, *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2014, pp. 361 y ss.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Compendio de Derecho Sucesorio”, Madrid, 2011.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret* 1/2015 (www.indret.com).

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, número 744, pp. 1924 y ss.

DE LA VÁLGOMA, M., “Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia”, Barcelona, 2013.

DE TORRES PEREA, J. M., “Aplicación de cláusulas generales en el Derecho de Familia, ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo II (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 3555 y ss.

-“Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 de marzo de 2014, La Ley 1435/2014 (laleydigital.laley.es).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *La Ley*, 4 de enero de 2005, número 6161, pp. 1 y ss (laleydigital.laley.es).

-“La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho Civil IV* (coordinador J. R. de Verda), Valencia, 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, 2007, número 21, pp. 75 y ss.

-“Comentario a la STS de 12 de mayo de 2011”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, número 88, pp. 425 y ss.

-“Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: un nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 10/2014 (BIB 2014/244) (aranzadidigital.es).

DÍAZ ROMERO, M. R., "Técnicas de reproducción asistida y filiación", *Derecho de Familia* (coordinadora G. Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012, pp. 1665 y ss.

FARNÓS AMORÓS, E., "Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones", Barcelona, 2011.

- "La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos", *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Madrid, 2014, pp. 99 y ss.

FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M., "¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California", *InDret* 4/2005 (www.indret.com).

FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido *in vitro*", Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., "Comentario al artículo 9 LTRHA", *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, pp. 305 y ss.

GÁMIZ SANFELIU, M., "Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida", *Actualidad Civil*, 2009, número 10, La Ley 11701/2009, pp. 1 y ss (laleydigital.laley.es).

GARCÍA VICENTE, J. R., "Comentari al article 235-8 del Codi Civil de Catalunya", *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Barcelona, 2014, pp. 596 y ss.

GARIBO, M.-P., "Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?", *Biotecnología y Posthumanismo* (coordinadores I. Ballesteros y E. Fernández), Cizur Menor, 2007, pp. 487 y ss.

GETE-ALONSO, "Determinación de la filiación en el Código Civil de Catalunya", Valencia, 2003.

GILMORE, S. /GLENNON, L., "Hayes and Williams'Family Law", Oxford, 2012.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B., "Filiación", *Derecho de Familia* (coordinadora G. Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012, pp. 1607 y ss.

HALE, B./PEARL, D./GOKIE, E./MONK, D., “The family, Law & Society”, Oxford, 2009.

HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, número 96, pp. 177-214.

IAPICHINO, L., “La procreazione artificiale”, *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV (director G. Cassano), Milano, 2006.

INIESTA DELGADO, J. J., “Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2008, número 29, pp. 13 y ss.

-“La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, *Tratado de Derecho de la Familia* (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Cizur Menor, 2011, pp. 735 y ss.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M., “Parenthood for same-sex couples-Scandinavian Developments”, *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives* (eds. K. Boele-Woelki/A. Fuchs), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2012, pp. 91 y ss.

Jiménez Martínez, M. V., “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”, *Actualidad Civil*, 2014, números 7-8, pp. 1 y ss (<http://revistas.laley.es>).

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “La reproducción asistida y su régimen jurídico”, Madrid, 2012.

JONES, C., “The identification of ‘parents’ and ‘siblings’: New possibilities under the reformed Human Fertilisation and Embriology Act”, *Rights, Gender and Family Law* (J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring), Routledge, 2010, pp. 219 y ss.

JUNGFLEISCH, F., “Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive”, Berlín, 2005.

LARENZ, K., “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Barcelona, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I”, Madrid, 2014.

LÓPEZ PELÁEZ, P., “Filiación y reproducción asistida”, *Derecho de la Persona* (coordinador I. Ravetllat), Barcelona, 2011, pp. 89 y ss.

LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España* (coordinadora A. Díaz Martínez), Madrid, 2006, pp. 155 y ss.

MALAURIE, P./AYNÉS, L., “Droit Civil. La Famille”, París, 2009.

MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario a la STS de 29 de mayo de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2004, núm. 64, pp. 193 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, *El juez civil ante la investigación biomédica* (coordinador X. Abel), Madrid, 2004, pp. 249 y ss.

-“Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. I (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, pp. 273 y ss.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, “A vueltas con la doble maternidad por naturaleza y la reclamación de la filiación por posesión de estado”, *La Ley Derecho de Familia*, 2014, número 1, La Ley 2237/2014 (laleydigital.es).

MINISTERIO DE JUSTICIA, “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*”, *Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Suplemento número 3/1996 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, pp. 22 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1997, pp. 297 y ss.

MONÉGER, F., “France: Biological and Social Parentage”, *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (eds.

K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, pp. 175 y ss.

NANCLARES VALLE, J., "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/2008 (BIB 2008/578) (aranzadidigital.es).

NÚÑEZ IGLESIAS, A., "Comentario al artículo 745 del Código Civil", *Código Civil comentado*, vol. II (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, pp. 595 y ss.

PADIAL ALBÁS, A., "La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria, en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Estudios Jurídicos sobre persona y familia* (coordinadora M. T. Areces Piñol), Granada, 2009, pp. 285 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Procreación artificial y responsabilidad civil", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, pp. 245 y ss.

- "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, número 15, pp. 129 y ss.

PARRÓN CAMBERO, M. J., "Mater semper certa est?", *La Ley*, 15 de abril 2014, número 8293, La Ley 1746/2014 (laleydigital.laley.es).

PÉREZ GALLARDO, L. B., "Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, número 4, pp. 605 y ss.

POLIKOFF, N. D., "A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century", *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2009, vol. 5, pp. 201 y ss (American University, Washington College of Law Research Paper No. 2010-14) (<http://ssrn.com/abstract=1602034>).

Pratte, M., "La tensión entre la filiation légale, biologique et sociale dans le droit québécois de la filiation", *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage* (ed. I. Schwenzer), Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 91 y ss.

PROBERT, R., "Cretney and Probert's Family Law", London, 2009.

QUICIOS MOLINA, S., "Determinación e impugnación de la filiación", Navarra, 2014.

-"¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, número 95 (<http://proview.thomsonreuters.com>).

REICHMAN SCHIFF, A., "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", *North Carolina Law Review*, 1996-1997, número 75, pp. 902 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La procreación artificial *post mortem*", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, número 3, pp. 871 y ss.

ROBERTSON, J. A., "Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies", New Jersey, 1994.

ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid, 1988, pp. 17 y ss.

-"Libertad y familia", Valencia, 2014.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo", Madrid-Barcelona, 2000.

-"Comentario al artículo 53.3 CE", *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, pp. 1187 y ss.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "Reproducción artificial *post mortem*. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Valencia, 2013.

RUBELLIN-DEVICHI, J., "Insémination artificielle *post mortem*", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, tomo II, pp. 703 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La feminización del Derecho Privado y las técnicas de reproducción asistida”, *El levantamiento de velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y M. R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, pp. 681 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Comentario al artículo 959 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II (directores A. Cañizares Laso et. alii), Cizur Menor, 2011, pp. 1392 y ss.

SERRANO ALONSO, E., “El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, pp. 365 y ss.

SINGER, A., “The right of the child to parents”, *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, pp. 137 y ss.

STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI), “The protection of the Human Embryo *in vitro*”, *Report by the Working Party on Protection of the Human Embryo and Fetus* (CGBI-CO-GT3), Strasbourg, Council of Europe, pp. 1 y ss [[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf)].

SCHWENZER, I., “Convergence and divergence in the Law on Same-Sex Partnerships”, *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (M. Antokolskaia ed.), Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 145 y ss.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, 2010, número 7 (<http://revistas.laley.es>).

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., “Comentario al artículo 15 CE”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, Fundación Wolters Kluwer, pp. 311 y ss.

VERDERA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, pp. 211 y ss.

VOIRIN, P./GOUBEAUX, G., "Droit Civil", tomo 1, París, 2007.

VONK, M., "Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law", Antwerpen-Oxford, 2007.

WARNOCK, M., "Making babies? Is there a right to have children?", Oxford, 2002.

La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización*

ESTHER FARNÓS AMORÓS

Profesora ayudante Doctora de Derecho Civil Universitat Pompeu Fabra

Resumen

Las diferentes aproximaciones de los estados miembros a cuestiones tales como el acceso a técnicas de reproducción asistida con gametos donados o al Diagnóstico Genético Preimplantacional, las condiciones de acceso a determinados tratamientos, los efectos de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución o el último destino de los embriones crioconservados evidencian que los valores de los distintos países europeos en estas materias con frecuencia entran en tensión. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos da buena cuenta de que en un contexto globalizado el mantenimiento de tales diferencias fomenta la atención reproductiva transfronteriza. El presente trabajo analiza dicha jurisprudencia, con el fin de resaltar las consecuencias de las políticas de los diferentes estados miembros en materia de TRA.

Abstract

The different legal positions among member states concerning questions such as access to assisted reproductive technologies with donated gametes or Preimplantation Genetic Diagnosis, conditions for access to certain treatments, effects of international surrogacy arrangements or the

* Agradezco a la Prof. Pilar Benavente Moreda (UAM) su confianza al proponerme organizar y codirigir el curso de verano «Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual», durante mi estancia en el Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (octubre 2013 - octubre 2014), en el marco de un contrato postdoctoral convocado por la «Alianza 4 Universidades».

final destiny of frozen embryos highlight the contrasting prevalent values endorsed by European countries. The European Court of Human Rights case-law shows that in a globalized context the maintenance of these divergences promotes «Cross-Border Reproductive Care». In the following pages, this case-law is under scrutiny, in order to stress the consequences of the different member states policies on ART.

Palabras clave

Derechos reproductivos, técnicas de reproducción asistida, vida privada y familiar, atención reproductiva transfronteriza, acuerdos de gestación por sustitución, Diagnóstico Genético Preimplantacional

Key words

Reproductive rights, assisted reproductive technologies, private and family life, Cross-Border Reproductive Care, surrogacy arrangements, Preimplantation Genetic Diagnosis.

Sumario

1. El derecho de familia en Europa: un ámbito de diversidad.
2. Derechos reproductivos y acceso a las técnicas de reproducción asistida.
3. La reproducción asistida ante Estrasburgo.
 - 3.1 *Evans contra Reino Unido: ¿de quién son los embriones?*
 - 3.2 *Dickson contra Reino Unido: privación de libertad y derecho a procrear*
 - 3.3 *S.H. y otros contra Austria: prohibición del acceso a gametos donados.*
 - 3.4 *Costa y Pavan contra Italia: sobre los límites del Diagnóstico Genético Preimplantacional.*
 - 3.5 *Mennesson y Labassee contra Francia y Paradiso y Campanelli contra Italia: eficacia de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero.*
4. Conclusiones.
5. Bibliografía.

1. EL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA: UN ÁMBITO DE DIVERSIDAD

Las distintas cuestiones de derecho de familia que se han planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) evidencian la amplia diversidad existente en esta materia en el contexto europeo. Sin ir más lejos, el TEDH ha considerado que se encuentra dentro del margen de apreciación de cada estado la decisión de permitir la adopción o el matrimonio a las parejas del mismo sexo¹. En *Gas y Dubois contra Francia* el TEDH recurrió al margen de apreciación porque no existía diferencia de trato con base en la orientación sexual entre una pareja no casada de distinto sexo y una del mismo sexo, puesto que de acuerdo con la legislación francesa la adopción del hijo de la pareja no se permitía a ninguna de las dos. En *Schalk y Kopf c. Austria*, el TEDH consideró que el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH) no impone la obligación, a los estados firmantes, de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio, en especial cuando los estados ya disponen de un régimen alternativo para estas y aunque el mismo pueda variar en aspectos materiales y notablemente en lo que concierne a los derechos parentales derivados del acceso a la reproducción asistida o a la adopción, que en el caso concreto no se sometieron a consideración.

En otros casos, en que lo que se discutía era la existencia de un vínculo de filiación entre padres e hijos, el TEDH también ha sido exquisitamente respetuoso con el margen de apreciación de los estados. Así lo demuestran los casos *Schneider, Kautzor y Ahrens*, en los que el estado demandado era Alemania y en los que se cuestionaban las limitaciones legales existentes en dicho estado por lo que respecta al ejercicio de acciones de filiación por parte del padre biológico². Estas limitaciones resultan especialmente visibles cuando es el presunto padre biológico quien recurre contra la decisión del estado miembro que le impide que quede constancia legal de su vínculo biológico con un menor o, cuanto menos, desarrollar con el menor algún tipo de relación derivada de la existencia de dicho vínculo. Los mayores conflictos en este ámbito se plantean

¹ *Gas y Dubois contra Francia*, asunto 25951/07, decidido por la Sec. 5.^a, el 15 de marzo de 2012; y *Schalk y Kopf contra Austria*, asunto 30141/04, decidido por la Sec. 1.^a, el 24 de junio de 2010.

² Asuntos 17080/07, 23338/09 y 45071/09, decididos por las Sec. 5.^a, 1.^a y 5.^a el 15 de septiembre de 2011 (*Schneider c. Alemania*) y el 22 de marzo de 2012 (*Kautzor contra Alemania y Ahrens contra Alemania*).

cuando el menor ya tiene la filiación paterna establecida respecto de otro hombre y, muy en particular, respecto del marido de la madre. El interés actual hacia la armonización del derecho de familia en Europa no parece extenderse a esta cuestión, en que las leyes de los estados no podrían ser más distintas, lo que explica el amplio margen de apreciación concedido por el TEDH a los estados en estos casos³. Sin embargo, en otras cuestiones que también surgen en el ámbito de la filiación el TEDH se muestra más estricto, como cuando su establecimiento implica una discriminación basada en el sexo o en la orientación sexual, proscrita por el artículo 14 CEDH. En esta materia el margen de apreciación de los estados es más limitado. Así se puso de manifiesto en *X y otros contra Austria*, resuelto por la Gran Sala el 19 de febrero de 2013⁴.

La mayoría de casos que se han planteado ante el TEDH en materia de filiación tenían por objeto la filiación por naturaleza o derivada de reproducción sexual. Sin embargo, el aumento generalizado del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA)⁵ explica que en los últimos años el TEDH haya tenido que enfrentarse a varios supuestos que tienen por objeto la reproducción derivada del recurso a TRA por parte de

³ Esta circunstancia motiva que algún autor se muestre escéptico en lo que concierne a la armonización del derecho de familia en materia de filiación: BAINHAM, A., «'Truth will out': paternity in Europe», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66(2), 2007, pp. 278-282. *Vid.* también Barber Cárcamo, R., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva», *DPC*, núm. 20, 2006, pp. 105-151. Para esta autora, pese al debilitamiento de la presunción de paternidad, el TEDH considera justificada y razonable la limitación de la acción de paternidad del padre biológico a los intereses siempre prevalentes del hijo, que pueden no coincidir con la proclamación de la verdad biológica.

⁴ Asunto 19010/07. En el caso, la Gran Sala rechazó tomar en consideración la concepción tradicional de la filiación prevalente en aquel país, al entender discriminatoria la norma que permitía al conviviente en una pareja de distinto sexo adoptar al hijo del otro conviviente si se probaba la existencia de vida familiar con el adoptado y, pese a la oposición del otro progenitor, este no especificaba las razones de tal oposición. La cuestión, por tanto, no era si las parejas del mismo sexo pueden acceder a esta modalidad de adopción, sino la diferencia de trato entre parejas no casadas de distinto y del mismo sexo.

⁵ De acuerdo con datos de la European Society of Human Reproduction and Embriology (ESHRE), desde el nacimiento del primer bebé concebido mediante fecundación «in vitro» (FIV), en 1978, ya han nacido en el mundo más de cinco millones de niños concebidos mediante TRA: <http://www.eshre.eu/Guidelines-and-Legal/ART-fact-sheet.aspx>

En Cataluña, única comunidad española que cuenta con datos oficiales, se estima que un 4,53% del total de nacidos vivos en 2012 fueron concebidos a partir del recurso a estas técnicas. *Vid.* los últimos datos publicados por el FIVCAT.NET del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, actualizados en diciembre de 2014: Estadística de la Reproducción Humana Asistida a Catalunya, 2012, p. 4.

nacionales de un estado miembro⁶, lo que ha permitido expandir el concepto «vida privada» del artículo 8 CEDH. Ello nos sitúa ante la compleja cuestión de si existe un derecho a tener hijos, para acabar valorando cuál debe ser el papel de los estados en este contexto.

Pese a que los ordenamientos europeos, a diferencia de otros (como, marcadamente, los norteamericanos), en su mayoría regulan las TRA⁷, ello no reduce la diversidad existente entre los estados miembros por lo que respecta a cuestiones especialmente sensibles, tales como los límites bioéticos de las TRA en relación con el acceso al Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP); la admisión de las técnicas heterólogas o con gametos donados; la supresión del anonimato del donante, la decisión sobre quién puede acceder a las TRA y en qué condiciones; los efectos que deben otorgarse a los acuerdos de gestación por sustitución o la disposición de los embriones sobrantes de un ciclo de fecundación «*in vitro*» (FIV), una vez roto el proyecto parental o encontrándose estos en depósito necesario⁸. Esta diversidad explica que desde 2006 hayan accedido al TEDH ocho casos en los que se

⁶ Para un análisis de esta cuestión, *vid.* también MURPHY, T., CUINN, G.O., «Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, Vol. 10(4), 2010, pp. 601-638; y PENASA, S. «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientific: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazioni medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (en prensa).

⁷ ALKORTA, I.: «Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003; «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)», *Rev Der Gen H* 18/2003, pp. 41-89; y «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)», *Rev Der Gen H* 19/2003, pp. 23-41.

⁸ Este último supuesto es el que dio lugar a *Knecht contra Rumanía* (asunto 10048/10), decidido por la Sec. 3.^a el 2 de octubre de 2012, que no será analizado en este trabajo por quedar finalmente sin objeto la petición de la recurrente. En el caso, la recurrente alegaba que la negativa por parte de las autoridades nacionales de trasladar a otro centro sus embriones sobrantes, que se encontraban criopreservados, vulneraba su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). El TEDH consideró que la infracción se encontraba justificada legalmente, puesto que la decisión de poner los embriones bajo la custodia de una institución estatal se produjo en el marco de una investigación criminal contra los centros que actuaban sin licencia, como el centro al que accedió la recurrente; y además, la medida perseguía un fin legítimo como la prevención del crimen, la protección de la salud y la moral y los derechos y libertades de terceros, en un campo tan sensible como el de las TRA (§57). Finalmente, el TEDH tiene en cuenta el remedio que las autoridades nacionales otorgaron a la recurrente para poder tener sus embriones criopreservados en otro centro, pese a los retrasos del depositario en entregarlos, lo que le seguía permitiendo usarlos en el futuro.

plantean cuestiones como las descritas⁹. Las diferentes respuestas ofrecidas por parte de los estados dan cuenta de la existencia de regulaciones más liberales (p.e., Reino Unido y España) y más restrictivas (p.e., Francia e Italia). Esta gran diversidad ha agudizado el mal llamado «turismo reproductivo» o, en los términos más neutros de la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (ESHRE), «Cross-border reproductive care»¹⁰. Dicho fenómeno se manifiesta, por ejemplo, en el desplazamiento a España de parejas heterosexuales infériles italianas, las únicas que tienen permitido el acceso a las técnicas en aquel país¹¹, puesto que hasta hace poco la donación de gametos se encontraba prohibida¹². Asimismo, muchas mujeres

⁹ Además de *Knecht contra Rumanía*, citado en la nota anterior y que no será objeto de análisis en este trabajo, se trata de los casos *Evans contra Reino Unido*, asunto 6339/05, decidido por la Sec. 4.^a el 7 de marzo de 2006, y confirmado por la Gran Sala el 10 de abril de 2007; *Dickson contra Reino Unido*, asunto 44362/04, decidido por la Sec. 4.^a el 18 de abril de 2006 y revocado por la Gran Sala el 4 de diciembre de 2007; *S.H. y otros contra Austria*, asunto 57813/00, decidido por la Sec. 1.^a el 1 de abril de 2010 y revocado por la Gran Sala el 3 de noviembre de 2011; *Costa y Pavan contra Italia*, asunto 54270/10, decidido por la Sec. 2.^a el 28 de agosto de 2012; *Mennesson y Labassee contra Francia*, asuntos 65192/11 y 65941/11, ambos decididos por la Sec. 5.^a el 26 de junio de 2014; y *Paradiso y Campanelli contra Italia*, asunto 25358/12, decidido por la Sec. 2.^a el 27 de enero de 2015. Todos ellos son analizados, en este orden, en el presente trabajo.

¹⁰ La ESHRE se muestra especialmente crítica con la terminología «turismo reproductivo» porque considera que banaliza las razones por qué los individuos acceden a las TRA: SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A, DE WERT, G., GOOSSENS, V., The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, «Cross border reproductive care in six European countries», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(6), pp. 1361-1368.

¹¹ Así es de conformidad con el artículo 5 de la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004)*: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.».

¹² *Vid. artículo 4 (Accesso alle tecniche) de la Legge 19 febbraio 2004, n. 40: «3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».* La prohibición fue declarada inconstitucional por la sentencia núm. 162 del Tribunal Constitucional italiano, de 9 de abril de 2014, accesible desde la página del TC italiano: <http://www.cortecostituzionale.it/default.do>

Tras la aplicación de los test de proporcionalidad y razonabilidad, el TC italiano concluyó que, a la luz de la finalidad de la citada ley, especificado en su artículo 1.1 («favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o la infertilidad humana»), la prohibición absoluta de acceso a las TRA heterólogas introduce un elemento evidente de irrazonabilidad, puesto que comporta la negativa absoluta del derecho a tener hijos, lo que incide en el derecho a la salud (FD 13).

A favor de la sentencia y de la necesidad de que dé paso a una nueva ley sobre TRA, *vid. D'AMICO, M., «L'inconstituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa»*,

británicas se someten a inseminación artificial en España, dados los menores costes económicos y las listas de espera menos largas; y son muchas las parejas nórdicas y centroeuropeas que acceden a las TRA en España en busca de la garantía del anonimato del donante que sus respectivas legislaciones no prevén. En otros casos, la menor oferta de gametos, óvulos y/o esperma en su propio país, explica que sus ciudadanos se desplacen a otro para acceder a las TRA¹³.

2. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La primera cuestión que plantea el acceso a las TRA es la de si existe un derecho a tener hijos en términos generales, más allá de la reproducción sexual. Si bien desde mediados del siglo pasado varios textos jurídicos internacionales han subrayado la importancia de la unidad familiar y de la reproducción, a partir del derecho a formar una familia y de la opción reproductiva (art. 16 DUDH y 12 CEDH)¹⁴, la fuerza vinculante de tales declaraciones se encuentra seriamente cuestionada¹⁵. No fue hasta

Rivista di BioDiritto, 2/2014, pp. 13-35.

¹³ Por lo que respecta a su incidencia práctica, el estudio más reciente de la ESHRE, basado en 1.230 ciclos de TRA llevados a cabo en seis países europeos tradicionalmente de destino en el acceso a las TRA, como Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Suiza, Eslovenia y España, evidencia que cada vez son más los ciudadanos que viajan a otro país de la Unión para someterse a las TRA y evadir así las legislaciones restrictivas de sus países de origen, lo que se concibe como una nueva modalidad de «desobediencia civil». Las restricciones legales son las razones más aducidas por los ciudadanos alemanes (80,2%), noruegos (71,6%), italianos (70,6%) y franceses (64,5%) que viajan al extranjero en busca de tratamiento: SHENFIELD *et al.*, *cit.*

La prensa ha dado noticia del papel de España como país receptor de ciudadanos de otros países que desean acceder a las TRA: «España, el destino preferido por los europeos para reproducción», *El Mundo*, 30.7.2012; y «Barcelona exporta nens proveta», *Ara.cat*, 14.2.2015 (disponibles on-line).

¹⁴ De acuerdo con el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.» (...); «3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

A nivel europeo, el artículo 12 CEDH declara que «A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.».

¹⁵ Al respecto, *vid.* mi monografía «Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», Atelier, Barcelona, 2011, pp. 45-50.

mediados de los años noventa cuando, a partir de las Conferencias sobre Población y Desarrollo y sobre la Mujer, celebradas respectivamente en El Cairo (1994) y Pequín (1995), surgió la noción «derechos reproductivos» y, con ella, se empezó a cuestionar su alcance.

Desde sus orígenes dicha noción ha sido objeto de controversia, en especial por lo que respecta a la fuerza vinculante de los textos que la utilizan, que a menudo la relacionan con el derecho a la salud, puesto que no es específico que la incapacidad para reproducirse sea una enfermedad¹⁶ ni los estados pueden garantizar el acceso ilimitado a las TRA¹⁷. El nacimiento de los «derechos reproductivos» vinculado al control de la población, de entrada los presenta como inidóneos para resolver los conflictos que pueden plantearse en el contexto de la reproducción. Asimismo, la mayoría de textos internacionales que contienen derechos específicos en relación con la opción reproductiva y la salud articulan objetivos sin establecer obligaciones legales y, por tanto, sin que pueda existir incumplimiento¹⁸. De estas previsiones no se infiere una obligación de los estados de suministrar a los individuos los medios para gozar de tales derechos de acuerdo con sus deseos individuales, sino más bien un deber del estado de no interferir en una libertad individual¹⁹.

El contenido esencial de la noción de «derechos reproductivos» es el derecho a procrear, que está emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo del individuo libre²⁰. El concepto comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y, si es el caso, consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y los medios adecuados para su realización. Se trata, por tanto, de un derecho complejo, formado a partir del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar,

¹⁶ *Vid.* WARNOCK, M., «A question of life, The Warnock Report on Human Fertilisation & Embriology», Oxford (UK) & Cambridge (USA), Blackwell, 1985, p. 10. *Vid.* también mi monografía «Consentimiento a la reproducción asistida...», *cit.*, pp. 29-30.

¹⁷ PACKER, C., «Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice», 67 *Nordic Journal of International Law* 77, 1998, p. 82.

¹⁸ COOK, R.J., «International Protection of Women's Reproductive Rights», 24 *N.Y.U.J. Int'l L&Pol.*, 1992, p. 672.

¹⁹ COOK, R., DICKENS, B.M., FATHALLA, M., «Reproductive Health and Human Rights. Integrating Medicine, Ethics and Law», Clarendon Press, Oxford, 2003, pp. 194 y ss.

²⁰ ALKORTA IDIAKEZ, I., «Nuevos límites del derecho a procrear», DPC, Núm. 20, 2006, pp. 18-20.

el derecho a la salud y el derecho a gozar del progreso científico, y resulta protegible a través de estos derechos. En consecuencia, aunque el incumplimiento de los derechos reproductivos en sí mismos no genera ninguna obligación, dada su relación directa con el desarrollo de la personalidad podrá valorarse si una violación de los derechos reproductivos puede reconducirse a la vulneración de algún derecho fundamental reconocido en los tratados internacionales.

Ahora bien, las decisiones procreativas, en relación con las TRA, suponen un cambio de orientación en un discurso que había surgido en el contexto de la reproducción sexual y que, hasta los años ochenta, se había centrado en el control de la natalidad y en la decisión de abortar, esto es, en lo que vendría a ser un «derecho a no tener hijos». En el momento actual, cuando aludimos a la libertad procreativa «estamos hablando de una panoplia de inmunidades frente al Estado relativas a la decisión de si reproducirse o no (en cuántas ocasiones y con quien) y al tipo de descendencia que se desea»²¹. Si bien no existe un acuerdo absoluto sobre la naturaleza y el ámbito de este derecho, es claro que va más allá de la reproducción sexual convencional y que se basa en la libertad reproductiva, la cual engloba el respeto por la autonomía y por los valores que subrayan la importancia de la procreación y de tener hijos concebidos en términos amplios, sin la intromisión del estado en estas decisiones íntimas y personales de los individuos que definen sus vidas²².

Aunque ninguna declaración internacional de derechos reconoce explícitamente un derecho fundamental a procrear, las decisiones procreativas que surgen en este contexto han gozado de protección, a partir de su base constitucional, por su relación con algún derecho fundamental y, muy en particular, para proteger el derecho a la vida privada de los individuos²³. En la línea iniciada por el *case law* del Tribunal Supremo de EE.UU., en relación con la *privacy*, el TEDH ha recurrido con frecuencia al derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) para valorar el alcance de presuntas vulneraciones de decisiones procreativas por parte de los estados. Se trata, como evidencian los casos que se analizan a continuación, de un derecho mucho más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que comprende la esfera en que cada uno puede realizar

²¹ De LORA, P., «¿Qué hay de malo en tener hijos?», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 10, 2006, p. 46.

²² ALGHRANI, A., HARRIS, J., «Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated?», *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 18(2), 2006, pp. 191-192 y 194.

²³ *Vid.* mi monografía «Consentimiento a la reproducción asistida...», *cit.*, pp. 59-60.

libremente su personalidad, incluido el derecho a desarrollar relaciones con otras personas y con el mundo exterior. Se trata, además, de un derecho negativo que, como tal, impide que los terceros (incluido el estado) interfieran en su ejercicio individual pero no implica que estos terceros deban necesariamente facilitar su ejercicio a los individuos o protegerlo dentro de ciertos límites²⁴.

La configuración del derecho a acceder a las TRA como una obligación negativa por parte de los estados constituye una de las grandes diferencias entre este derecho y la libertad de procrear inherente a la persona humana, que resulta del artículo 12 CEDH cuando reconoce el derecho del hombre y de la mujer a formar una familia²⁵. Esta concepción del derecho en negativo, unida a la declaración del artículo 16 DUDH, que se pronuncia en términos de contravención, aleja la procreación de la esfera de los derechos fundamentales, puesto que no obedece a una necesidad individual básica sino, a lo sumo, a un deseo²⁶. Ahora bien, esta conclusión no debe privar a las personas infériles de acceder a las TRA y, en su caso, las razones del rechazo deben ser abiertamente especificadas. El hecho de que la infertilidad no sea un concepto unívoco²⁷ se suma a la compleja cuestión de cuáles deben ser los límites del acceso a las TRA, lo que justifica que cada vez más casos de este grupo accedan a los tribunales y, en particular, que algunos de ellos ya se hayan planteado ante al TEDH. La aproximación del TEDH a la reproducción derivada del acceso a TRA va a ser analizada en las páginas que siguen a partir de los distintos casos en los que se ha planteado la cuestión, subrayando los principales efectos de estos pronunciamientos.

²⁴ CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 126 y ss.

²⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J. «Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev Der Gen Hum* 34/2011, pp. 185-188.

²⁶ WARNOCK, M., «*Making babies. Is there a right to have children?*», Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 17-29, 38-42, 54.

²⁷ Más allá de la infertilidad estricta o en sentido médico, se distingue la infertilidad estructural (la que experimentan los individuos que no forman parte de una relación heterosexual) y la cultural (la que resulta de los costes de acceso a las TRA, de la discriminación o de actitudes sociales y políticas que limitan el acceso a las TRA o su financiación pública a ciertos colectivos): CAHN, N.R., «*Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*», New York University Press, New York – London, 2009, pp. 134-135.

3. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTE ESTRASBURGO

3.1 *Evans contra Reino Unido: ¿de quién son los embriones?*

*Evans contra Reino Unido*²⁸ es el primer caso que plantea ante el TEDH cuál debe ser el alcance del derecho a procrear cuando la procreación resulta del acceso a las TRA. El caso tiene sus orígenes en un conflicto entre dos ex convivientes, en relación con el destino de varios embriones que fueron creados con gametos de ambos durante su relación. Dichos embriones tuvieron que ser crioconservados porque durante el proceso de reproducción asistida a la mujer le fueron diagnosticados tumores cancerígenos en ambos ovarios, lo que hizo necesaria su extirpación con carácter urgente. Sin embargo, antes de que los embriones pudieran ser implantados a la mujer, la pareja rompió. Entonces, la mujer solicitó que los embriones creados con sus últimos óvulos le fueran implantados, con el argumento de que constituyan su «última oportunidad de tener un hijo genético». El hombre, en cambio, se opuso a la petición de la mujer, con el argumento de que no podía ser forzado a procrear²⁹.

Ante este conflicto de derechos, el TEDH declara que el caso afecta el derecho al respeto de la vida privada de la solicitante (art. 8 CEDH), un concepto amplio que comprende la *decisión de ser padre y la de no serlo* (§57). Si ambas decisiones forman parte del derecho al respeto de la vida privada, ¿cómo resuelve el TEDH un conflicto que ha sido calificado, con acierto, de «caso difícil»³⁰? En su resolución, el TEDH tiene en cuenta una aproximación formalista a la cuestión, a partir del análisis de la *Human Fertilisation and Embriology Act* (HFEA) británica de 1990, cuyo anexo 3 resultaba aplicable al caso y permitía, en los mismos términos que hoy prevé la HFEA (2008), que cualquier parte revocara su consentimiento al tratamiento en cualquier momento previo a la implantación de los embriones. Consciente de que el uso de la FIV suscita problemas éticos y

²⁸ Asunto 6339/05, decidido por la Sec. 4.^a el 7 de marzo de 2006, y confirmado por la Gran Sala el 10 de abril de 2007.

²⁹ *Vid. ALKORTA IDIAKEZ, I.:* «El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear», *Rev Der Gen Hum* 24/2006, p. 149, y «Nuevos límites...», *cit.*, pp. 55 y 59.

³⁰ Además de los votos particulares de los jueces de la sec. 4.^a del TEDH, Traja y Mijović, que así lo ponen de manifiesto, *vid. BOMHOFF, J., ZUCCA, L.:* «The tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, Evans v. the United Kingdom, Fourth Section Judgement of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review* 2/2006, pp. 424-442; y *PRIAULX, N.:* «Rethinking progenitive conflict: Why reproductive autonomy matters», *Medical Law Review* 16/2008, p. 171.

morales y que, por tanto, las cuestiones planteadas en el caso afectan a áreas sensibles en las que no existe un claro consenso entre los estados miembros, tales como el estatus del embrión, el TEDH considera que debe garantizarse a los estados un amplio margen de apreciación en esta materia (§62). Ahora bien, a pesar de que el TEDH empatiza con la recurrente y entiende, además, que el Parlamento británico podía haber llegado a un balance distinto, concluye que el legislador no sobrepasó el margen de apreciación garantizado por el artículo 8 CEDH (§68). Esta aproximación no ha estado exenta de críticas, dadas las claras implicaciones en materia de género que presenta este grupo de casos³¹.

3.2 *Dickson contra Reino Unido*: privación de libertad y derecho a procrear

*Dickson contra Reino Unido*³² tiene origen en la solicitud, formulada por una ciudadana británica, de inseminación artificial con esperma de su marido recluso. La pareja había contraído matrimonio en la cárcel en 2001 y, de forma similar a lo que planteaba la señora Evans en el caso anterior, la recurrente también consideraba que la técnica en cuestión constituía su última oportunidad de tener hijos genéticos, puesto que ya tenía 44 años y su marido todavía debía cumplir condena durante años.

Ante la negativa de las autoridades británicas de acceder a la petición, la esposa accedió al TEDH, cuya Sec. 4.^a confirmó los pronunciamientos de las autoridades nacionales, al entender que denegar el acceso a la inseminación artificial en el caso planteado era coherente con el artículo 8 CEDH, puesto que la solicitud se dirigía a permitir algo (tener hijos mediante el recurso a TRA) que no existe como un derecho general (§30). Asimismo, el TEDH consideró la medida justificada en los términos del artículo 8.2, para proteger el bienestar del menor que pudiera nacer (§34).

³¹ A partir de Evans varios autores han destacado las consecuencias especialmente negativas para las mujeres que tienen las normas que permiten a cualquiera de las partes del proyecto parental revocar el consentimiento a la FIV antes de la implantación de los embriones: *vid. MURPHY, CUINN*, «Works in Progress...», *cit.*, pp. 622-623; *LIND, C.*, «Evans v. United Kingdom – judgements of Solomon: power, gender and procreation», *Child and Family Law Quarterly*, 2006, Vol. 18(4), pp. 576-592; *ALGHARANI, A.*, «Deciding the Fate of Frozen Embryos», *Medical Law Review*, Vol. 13, 2005, pp. 252-253; y *Sheldon, S.*: «Gender equality and reproductive decision-making», *Feminist Legal Studies*, 2004, Vol. 12, pp. 314 y ss., y «Evans v Amicus Healthcare; Hadley v. Midland Fertility Services – Revealing cracks in the “twin pillars”?», *Child and Family Law Quarterly*, 2004, Vol. 16(4), pp. 450-452.

³² Asunto 44362/04, decidido por la Sec. 4.^a el 18 de abril de 2006 y revocado por la Gran Sala el 4 de diciembre de 2007.

La Gran Sala, en cambio, considera que la decisión de las autoridades británicas vulnera el artículo 8 CEDH, puesto que una vez un estado permite en general el uso de las TRA la negativa al acceso a la inseminación artificial afecta la vida privada y familiar de los solicitantes, que incorpora el derecho al respeto por su decisión de ser padres genéticos (§66). Es precisamente esta afectación de un derecho humano lo que permite al TEDH restringir el margen de apreciación garantizado a un estado (§78).

La cuestión que plantea *Dickson* es la de si su doctrina puede extenderse a otros casos. Al respecto, debe tenerse en cuenta que se trata de un caso con unas particularidades muy marcadas, que justifican que el TEDH acabe resolviendo en el sentido indicado. En consecuencia, la posibilidad de inferir del mismo una doctrina general es ciertamente cuestionable³³.

3.3 S.H. y otros contra Austria: prohibición del acceso a gametos donados

S.H. y otros contra Austria³⁴ tiene interés porque pone de manifiesto las consecuencias de las distintas regulaciones de los ordenamientos de los estados miembros en materia de reproducción asistida. En el caso se discutía si la Ley 275/1992, la Fortpflanzungsmedizingesetz, que regula las TRA en Austria e impide el acceso a la donación de esperma para la práctica de FIV y a la donación de óvulos, era conforme al Convenio³⁵. Se trataba de las únicas técnicas que permitían a las dos parejas recurrentes tener hijos genéticamente relacionados, por lo que estas consideraban que la ley nacional vulneraba sus derechos al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH) y a la igualdad (art. 14 CEDH).

La Sec. 1.^a condenó a Austria, argumentando que «el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las TRA para conseguirlo forma parte del artículo 8 CEDH, puesto que se trata de una elección que es claramente una expresión de la vida privada y familiar», por lo que «las diferentes aproximaciones de los estados contratantes no convierten en

³³ Sobre la dificultad de extraer conclusiones generales de los llamados «casos difíciles» me remito a las palabras del Juez Rolfe, en la resolución del caso inglés *Winterbottom v. Wright* (1842) 10 M&W 109, 116, Eng. Rep. 402, 406, en el cual vino a decir que «los casos difíciles crean mal derecho»: «(...) Hard cases, it has frequently been observed, are apt to introduce bad law. (...)».

³⁴ Asunto 57813/00, decidido por la Sec. 1.^a el 1 de abril de 2010 y revocado por la Gran Sala el 3 de noviembre de 2011.

³⁵ Ambas prohibiciones se encuentran en las Sec. 3(1) y 3(2) de la citada Ley.

aceptable cualquier solución adoptada por el legislador» (§69). La inclusión, en el artículo 8 CEDH, del derecho de los demandantes a la utilización de las TRA era un aspecto indiscutido que no implicaba ninguna obligación a cargo del estado en el sentido de permitir o regular las citadas TRA. Ahora bien, de optar por la regulación, el estado debía evitar incurrir en discriminación, por lo que al carecer la prohibición de la ley austriaca de una justificación objetiva y razonable, el TEDH entendió que en el caso se había producido una violación del artículo 14 CEDH considerado conjuntamente con el artículo 8 CEDH (§§74-75, 85 y 96).

En una aproximación distinta a la cuestión, la Gran Sala considera que debe otorgarse un amplio margen de apreciación a los estados en materia de donación de gametos, por lo que son admisibles tanto las políticas restrictivas como las permisivas. A partir de esta aproximación sumamente respetuosa con el margen de apreciación de los estados, el TEDH acaba adoptando la perspectiva de quienes conciben el mal llamado «turismo reproductivo» como una «válvula de seguridad moral»³⁶: «la ley austriaca no prohíbe ir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria» (§114).

La aproximación a la cuestión por parte de la Gran Sala ha recibido críticas severas. Así, se argumenta que la prohibición de ciertas técnicas a nivel interno fomenta la reproducción transfronteriza y, con ello, se convierte en una respuesta poco sensata a la vista de la realidad social actual³⁷; deja sin resolver la verdadera cuestión que plantea la prohibición que contiene la legislación austriaca (la de la interferencia en las vidas privadas de los recurrentes)³⁸; impone una carga excesiva a los individuos infériles, que asume que el «turismo reproductivo» nunca es problemático; y desconsidera su poder para promover la discriminación elitista dentro de un país³⁹. Estas críticas se encuadran dentro de las más generales

³⁶ La expresión original es de PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, 2004, Vol. 19(12), p. 2694: «Reproductive tourism should be seen as a safety valve that avoids moral conflict, and as such, contributes to a peaceful coexistence of different ethical and religious views in Europe.».

³⁷ COHEN, I.G., «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism» 25 *Reproductive BioMedicine Online* 660, 2012.

³⁸ Van HOOF, W., PENNINGS, G., «Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care: The Issue of Legal Diversity». 19 *European Journal of Health Law* 187, 2012, p. 199.

³⁹ JACKSON, E., «S.H. and Others v. Austria», 25 *Reproductive Bio Medicine Online* 663, 2012.

formuladas contra este fenómeno, en tanto que fomenta la explotación de ciudadanos de países menos desarrollados por nacionales de países más ricos⁴⁰. Asimismo, una vez el TEDH ha dejado claro que los estados no tienen una obligación, bajo el Convenio, de permitir las TRA en general, en esta sentencia se ha visto una vulneración de la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH), en cuanto el estado austriaco prohíbe ciertas formas de FIV pero no otras, sin justificar la diferencia de trato⁴¹.

En el fondo de la decisión puede existir una preocupación por los posibles efectos de una sentencia que condenara a Austria, cuando otros estados europeos todavía prohíben el recurso a las TRA con gametos donados. Así, en Alemania, donde la donación de óvulos no está permitida y se prevé una pena para el facultativo que la lleve a cabo, los principales argumentos que se invocan para justificar esta opción son la fragmentación de la maternidad a que conduce y las dificultades que plantea para el nacido a la hora de conocer sus orígenes, lo que puede afectar seriamente su desarrollo psicológico⁴². Sin embargo, también allí la prohibición se encuentra seriamente cuestionada desde el punto de vista constitucional⁴³.

3.4 Costa y Pavan contra Italia: sobre los límites del Diagnóstico Genético Preimplantacional

*Costa y Pavan contra Italia*⁴⁴ tiene muchos puntos en común con *S.H. y otros c. Austria*, con la diferencia de que en el caso que ahora nos ocupa el TEDH consideró que la prohibición de la técnica implicada sí excedía del margen de apreciación del estado. El TEDH llegó a esta conclusión tras emplear un argumento que no había utilizado en ninguno de los casos descritos con anterioridad.

El caso afectaba a una pareja heterosexual italiana cuyos dos miembros descubrieron que eran portadores sanos de «mucoviscidosis» (fibrosis quística) tras el nacimiento de su primer hijo, quien se encontraba afectado

⁴⁰ STORROW, R.F., «The pluralism problem in cross-border reproductive care», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(12), p. 2941.

⁴¹ MURPHY, CUINN, «Works in Progress...», *cit.*, pp. 621-622.

⁴² ROMEO CASABONA, CM, PASLACK, R., SIMON, J.W., «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H* 38/2013, pp. 15-42.

⁴³ ROMEO CASABONA, PASLACK, SIMON, *cit.*, p. 23.

⁴⁴ Asunto 54270/10, decidido por la Sec. 2.^a el 28 de agosto de 2012.

por esta enfermedad genética. La única posibilidad de evitar dicha enfermedad a un segundo hijo era recurrir al DGP. El DGP es una técnica instrumental que permite modificar los caracteres genéticos del embrión que, una vez creado mediante FIV y genéticamente seleccionado, es implantado a la mujer. Esta técnica, que está permitida en algunos estados miembros si se dirige al diagnóstico de enfermedades genéticas, tales como la hemofilia, o para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión⁴⁵, se encuentra prohibida en Italia a las parejas que no satisfacen los criterios objetivos de acceso a las TRA porque no son estériles o infértils (art. 1 y 4.1 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*)⁴⁶. La prohibición del DGP en el resto de casos, la mayoría, determina que la única posibilidad real de no tener un hijo afectado por la enfermedad sea practicar un aborto una vez iniciada la concepción de forma natural y diagnosticado, vía examen prenatal, que el feto es portador de la enfermedad.

Al juicio de proporcionalidad de la prohibición nacional, el TEDH añade en este caso un juicio de coherencia externa de la prohibición del DGP en la ley italiana (§69), que se pone en relación con la norma que consiente, en paridad de condiciones, la interrupción voluntaria del embarazo. Con ello, la jurisprudencia del TEDH se mueve un paso adelante, puesto que para valorar el ejercicio discrecional del legislador nacional utiliza el criterio de la coherencia externa de la prohibición que contiene la ley italiana en materia de DGP, y la analiza en términos sistemáticos en relación con la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones análogas.

⁴⁵ Es el caso de España, de acuerdo con el artículo 12.1 LTRHA: «Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia; b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. (...).».

⁴⁶ «Art.1 (*Finalità*). 1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.».

«Art. 4 (*Accesso alle tecniche*). 1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impedisive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medicononché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.».

Mientras que en *S.H. y otros contra Austria* el objeto de análisis era la compatibilidad de la prohibición de donación de gametos con el artículo 8 CEDH, en *Costa y Pavan* la incompatibilidad se declara en términos de incoherencia del sistema de la normativa italiana, lo que comporta una falta de proporcionalidad y, en consecuencia, una interferencia indebida en la vida privada de los recurrentes⁴⁷.

Dado que el DGP era la única opción que aseguraba a la pareja recurrente tener un hijo libre de la enfermedad, el TEDH considera que el ordenamiento jurídico italiano es incoherente (§57)⁴⁸ y desproporcionado (§64)⁴⁹. Así, negar el acceso al DGP en tales circunstancias afecta el derecho de los recurrentes a su vida privada y familiar, puesto que existe un derecho al acceso a las TRA y al DGP «para concebir un hijo que no se encuentre afectado por una enfermedad genética en particular» (§58). A pesar de que el TEDH admite que el DGP suscita cuestiones morales y éticas serias, en este caso considera que la decisión del Gobierno italiano de prohibirlo en determinadas circunstancias excede del margen de apreciación del estado y, por tanto, no escapa del control del TEDH (§61).

3.5 *Mennesson y Labassee contra Francia y Paradiso y Campanelli contra Italia*: eficacia de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero

Los casos *Mennesson y Labassee contra Francia*⁵⁰ resuelven de forma cumulativa una cuestión de gran actualidad en muchos ordenamientos, que plantea cuáles deben ser los efectos de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados por ciudadanos europeos, de estados que

⁴⁷ Para este análisis, *vid.* PENASA, S.: «La Corte Europea...», *cit.* (en prensa), y «The Italian regulation on Assisted Reproductive Technologies facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy», *Rev Der Gen H* 37/2012, pp. 155-180; y d'AMICO, «L'inconstituzionalità...», *cit.*, p. 31.

⁴⁸ «El tribunal no puede sino hacer notar que la legislación italiana es incoherente en esta área. Por un lado, prohíbe la implantación de embriones que no estén afectados por la enfermedad de que los recurrentes son portadores sanos, mientras que por el otro permite a los recurrentes abortar un feto afectado por esta misma enfermedad»: trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

⁴⁹ «En consideración a la incoherencia en la legislación italiana, descrita supra, en relación con el DGP, el tribunal considera que la interferencia con el derecho de los recurrentes a su vida privada y familiar era desproporcionada. En consecuencia, en este caso ha existido una violación del artículo 8 del Convenio»: trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

⁵⁰ Asuntos 65192/11 y 65941/11, ambos decididos por la Sec. 5.^a el 26 de junio de 2014.

prohíben o no reconocen estos acuerdos, en otros países que sí los reconocen legalmente o de facto⁵¹. En ellos se discutía el estatus legal de tres menores gestadas con fines comerciales por una mujer en los estados norteamericanos de California y Minnesota, en ambos casos con óvulos donados y esperma del padre comitente⁵². Tras su nacimiento en EE.UU.,

⁵¹ En España, la ineeficacia de los acuerdos de gestación por sustitución que declara el artículo 10 LTRHA ha sido confirmada por la Sala 1.^a del TS, en sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833). El caso, muy controvertido dada la distinta aproximación al mismo por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tiene sus orígenes en la negativa del Registro Consular español en Los Ángeles (California), a inscribir como hijos matrimoniales de dos hombres españoles a los gemelos gestados en San Diego por una mujer a la que contactaron a través de una agencia. En él, los órganos judiciales españoles siguen la línea de las distintas instancias francesas, al afirmar que estos acuerdos son contrarios al orden público internacional español. Pese a ello, el TS deja abierta la posibilidad de que el padre biológico, haciendo uso de la acción que reconoce el artículo 10.3 LTRHA, pueda reclamar su paternidad y el otro hombre pueda adoptar a los menores. El futuro del caso, que se encuentra pendiente de recurso ante el TC, puede verse influenciado por la doctrina del TEDH en *Mennesson y Labassee contra Francia*. Respecto de los casos similares que puedan plantearse en el futuro debe tenerse en cuenta la inminente reforma que prevé la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dirigida a reconocer la filiación resultante de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero; para más información, *vid.* mi trabajo «Filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 38-41 (en prensa). En último término, la suerte del caso español ante el TC y, en su caso, ante el TEDH es incierta, puesto que el Pleno del TS, por auto de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015\45930), desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la sentencia del TS, argumentando que el caso español se distancia de los dos casos franceses, entre otros aspectos, porque los órganos judiciales españoles remitieron a la pareja comitente en todo momento a la reclamación de la paternidad, ex artículo 10.3 LTRHA, respecto del padre biológico, y a la adopción por parte del otro miembro de la pareja, por lo que los menores no debían quedar necesariamente sin su filiación determinada. Sin embargo, como argumento en otro trabajo, considero que esta constituye una solución «de segunda», pues el no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo los menores sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica: «Filiación derivada de reproducción asistida...», *cit.*, pp. 38-41. Situaciones como las planteadas por los casos franceses y español se han dado también en otros países europeos, como Bélgica o Alemania: *vid.* los casos citados en mi trabajo «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72, y el caso resuelto por el TS federal alemán el 10 de diciembre de 2014 (XII ZB 463/13) que, tras la resolución de los casos *Mennesson y Labassee* por el TEDH, considera que no vulnera el orden público alemán reconocer una relación de filiación constituida en California mediante un acuerdo de gestación por sustitución si al menos uno de los comitentes aportó su material genético, siempre que la gestante no lo hiciera.

⁵² La procedencia de los óvulos de mujer distinta de la gestante justifica que nos encontremos ante un caso de gestación por sustitución parcial, por contraposición a la tradicional, plena o total, en que la gestante también aporta su material genético, de modo que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. En estos casos, minoritarios, en que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial: WEISBERG, D.K., APPLETON, S.F., «Modern Family Law.

las niñas pasaron a residir en Francia con sus padres comitentes, un hombre y una mujer de ciudadanía francesa que habían recurrido a la gestación por sustitución en el extranjero porque esta estaba prohibida en Francia y porque la mujer en ninguno de los dos casos tenía capacidad para gestar. Los órganos administrativos y judiciales franceses impidieron la ejecución de los acuerdos apelando al orden público internacional francés y al principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

Sin embargo, el TEDH considera que la negativa del estado francés de reconocer la filiación de los menores a favor de sus padres comitentes es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH), que vincula a la identidad. La afectación en la identidad de los menores por parte del estado francés, que se traduce en extremos aparentemente tan remotos como los sucesorios, es contraria a su interés superior, al exceder del amplio margen de apreciación de que gozan los estados en materias tan sensibles y faltas de consenso como esta. Por ello, la sentencia condena al estado francés al pago de 5.000 euros en concepto del daño moral causado a cada una de las menores implicadas, que ya tenían 14 y 13 años cuando el TEDH resolvió el caso⁵³. Quizás el extremo más controvertido de ambos fallos es que en ellos el TEDH subraya el vínculo biológico existente entre el padre comitente y las menores, lo que le permite vincular paternidad biológica con identidad y, por ende, con vida privada. Al respecto, en el caso *Mennesson* el TEDH se pronuncia en los términos siguientes, que reproduce en *Labassee*: «El análisis que se ha llevado a cabo tiene un interés especial en un caso como el presente, en que uno de los padres comitentes también es el padre biológico. Dada la importancia del elemento biológico como componente de la identidad (...) no puede considerarse en interés del menor privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de la relación ha sido establecida y padre e hijo pretenden su pleno reconocimiento. Esta relación no solo no fue reconocida cuando se solicitó la transcripción de los certificados de nacimiento, sino que tampoco se llevó a cabo ningún reconocimiento formal por la vía de la declaración de filiación o de la adopción, (...)» (§100)⁵⁴. Dadas las consecuencias de

Cases and Materials», Third Ed., Aspen, New York, 2006, pp. 1109-1110.

⁵³ El fallo ha sido aplaudido por HERRERA, M., LAMM, E., «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires – Argentina), Núm. 122, 2.7.2014, pp. 1 y 6-8.

⁵⁴ Trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC). En el mismo sentido, *vid.* §§79-80 del caso *Labassee*.

estas restricciones en la identidad y en el derecho a la vida privada de las menores, cuyo superior interés debe prevalecer, el TEDH considera que el estado francés superó el margen de apreciación existente en esta materia (§§100-101).

El TEDH se ha tenido que volver a pronunciar sobre la cuestión más recientemente en *Paradiso y Campanelli contra Italia*⁵⁵, un caso todavía no firme y más controvertido (acaso más dramático), con unas connotaciones especiales que lo alejan de Mennesson y Labasse. El caso afecta a una pareja casada italiana que, tras someterse sin éxito a varios procedimientos de FIV en su país, celebró un acuerdo comercial de gestación por sustitución con una agencia rusa, para acceder a una gestante a la cual le fueron implantados los embriones creados mediante gametos donados. Como consecuencia de dicho tratamiento, el 27 de febrero de 2011 nació un niño. Una vez la pareja regresó a Italia con el bebé, acreditada la renuncia de la madre gestante al menor y con el certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, las autoridades italianas se negaron a otorgar efectos a dicho certificado, al considerar que contravenía la prohibición de la fecundación heteróloga que contenía entonces la legislación italiana, además de la normativa sobre adopción⁵⁶. Aunque las autoridades italianas no iniciaron acciones penales contra la pareja, por alteración de la filiación, lo que hubiera comportado la imposibilidad de adoptar o acoger a un menor en el futuro, en octubre de 2011, a los casi ocho meses de su nacimiento, el menor fue puesto bajo la guarda de los servicios sociales italianos y desde ese momento se impidió todo contacto entre este y la pareja comitente. En enero de 2013, y todavía sin su identidad determinada en Italia, el menor fue acogido por una familia, con el fin de ser adoptado.

El TEDH considera, a la vista de su jurisprudencia, que se ha producido una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), puesto que los recurrentes pasaron con el menor las primeras etapas importantes de su vida y actuaron como sus padres (§69). La posición de las autoridades nacionales, que no dudaron en poner al menor bajo la guarda de los servicios sociales enfatizando la ausencia de vínculos genéticos entre este y los dos miembros de la pareja comitente, se considera

⁵⁵ Asunto 25358/12, decidido por la Sec. 2.^a el 27 de enero de 2015.

⁵⁶ En este punto, la decisión de las autoridades italianas parece reprochar a la pareja recurrente que, pese a haber obtenido la idoneidad para adoptar en 2006, decidiera recurrir a la gestación por sustitución en el extranjero, por lo que dudaron de su capacidad afectiva y educativa (§22).

desproporcionada (§86). En este punto, considero especialmente relevante, por los efectos que puede tener de cara futuro respecto de otros estados miembros, la afirmación del tribunal según la cual «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al estado *con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)*»⁵⁷. Este pronunciamiento se traduce en una condena a Italia al pago de 20.000 € por el daño moral causado a la pareja comitente. El último inciso del fundamento transcrita tiene un interés especial, puesto que el TEDH parece prescindir de la necesaria conexión genética entre el nacido y alguno de los miembros de la pareja comitente, que el mismo Tribunal sí había exigido en los dos casos franceses.

Más allá de la reparación pecuniaria ordenada por el TEDH, en este caso a favor de la pareja recurrente, las consecuencias de *Paradiso y Campanelli contra Italia* son dramáticas en comparación con las de *Mennesson y Labassee contra Francia*. Así, a la vista de la edad del menor (casi cuatro años) cuando el TEDH se pronunció sobre el caso, la decisión de las autoridades nacionales de ponerlo bajo la guarda de los servicios sociales a pocos meses de su nacimiento deviene irreversible, en especial teniendo en cuenta su situación de acogimiento preadoptivo que concluyó en una adopción en 2013. Pese a que en todos los casos descritos en este apartado la solución alcanzada por el TEDH respecto de unos menores que fueron gestados mediante el recurso a una gestante en el extranjero, es la que más protege el interés superior de los menores, las distintas circunstancias de cada caso, resultantes de la actuación previa de las autoridades nacionales, explican su distinto final.

Casos como los analizados en este último apartado plantean, una vez más, si la decisión más razonable no debería venir por la vía de la regulación, a nivel interno o internacional, de los acuerdos de gestación

⁵⁷ *Vid.* §80. Fragmento traducido por la autora de la versión en francés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

Esta afirmación contrasta con la conclusión del voto disidente formulado de forma conjunta por dos de los jueces de la sección, duramente crítica con lo que considera que es una limitación al margen de apreciación de los estados, puesto que si la mínima existencia de vida familiar con el menor es suficiente para reconocer un vínculo entre este y la pareja comitente, la libertad de los Estados de no reconocer efectos jurídicos a los acuerdos de gestación por sustitución, en la línea iniciada en los casos *Mennesson* y *Labassee*, se reduce a cero (*vid.* §15 de la opinión disidente).

por sustitución⁵⁸. A la vista de los efectos que pueden resultar de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, a raíz del caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, la necesidad de legislar se impone a los efectos de proteger mejor y con carácter «ex ante» los distintos intereses en juego⁵⁹.

4. CONCLUSIONES

La variedad que presentan los casos sometidos al escrutinio del TEDH y que han sido analizados en estas páginas impiden identificar un *case-law* coherente en materia de acceso a la reproducción asistida por parte de los ciudadanos de los estados miembros. En cada uno de ellos el recurso del TEDH a la doctrina del margen de apreciación no es casual, como tampoco lo es prescindir de ella. Así, el TEDH recurre a la misma en casos en los que se plantean restricciones generales en materia de reproducción asistida susceptibles de afectar a todos los nacionales de un estado miembro por igual (*Evans contra Reino Unido* y *S.H. y otros contra Austria*). Por el contrario, el TEDH no aplica tal doctrina en casos muy concretos de los que no puede inferirse un derecho general a procrear mediante reproducción asistida (*Dickson contra Reino Unido* y *Costa y Pavan contra Italia*) o en los que lo que se discute no es una prohibición por parte de un estado miembro sino sus efectos en dicho estado, en especial cuando ya existen unos menores cuyo interés debe quedar protegido (*Mennesson y Labassee contra Francia* y *Paradiso y Campanelli contra Italia*).

Del análisis de los casos descritos resulta que el margen de apreciación es más amplio allá donde no existe consenso entre los estados miembros sobre la relativa importancia del interés en juego o sobre la mejor manera de protegerlo, en particular cuando el caso plantea cuestiones sensibles de carácter moral o ético. Ahora bien, las diferencias entre las legislaciones de los estados miembros no pueden convertir en aceptable cualquier solución.

La diversidad legal existente entre los ordenamientos europeos en materia de reproducción asistida, unida al amplio margen de apreciación permitido por el TEDH, nos sitúa, una vez más, ante un ámbito del derecho de familia en que los intereses de armonización no casan bien con los derechos individuales de los estados a la identidad nacional en áreas de

⁵⁸ A favor, *vid. ROCA i TRIAS, E.*, «Libertad y familia», Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 153.

⁵⁹ *Vid.* mi trabajo «Filiación derivada de reproducción asistida...», *cit.*, pp. 45-48 (en prensa).

contrastada moralidad. Las consecuencias de esta falta de armonización, unidas a la cada vez mayor libertad de movimiento, se han traducido en un mayor auge del acceso a las TRA en otros países, lo que -más allá de ser una solución-, plantea riesgos serios de discriminación elitista y de explotación y baja calidad del tratamiento, en especial cuando son los ciudadanos de países desarrollados los que acceden al tratamiento en países menos desarrollados. Dado que en un mundo globalizado la posibilidad de acceder al tratamiento en otros países ya es una realidad imparable, se hace imprescindible fijar unas directrices mínimas en relación con el acceso a las TRA y el consentimiento informado a las mismas. Estas directrices no deben ser necesariamente legales, puesto que ningún modelo regulatorio en el contexto de las TRA puede prescindir de los códigos ético-profesionales, la autorregulación del sector y la jurisprudencia⁶⁰. Ello garantizaría a los ciudadanos europeos el acceso a las TRA en unas mínimas condiciones básicas de salud e igualdad.

⁶⁰ Vid. PENASA, S., «Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation within the European Union», *Medical Law International* 12(3-4), 2013, pp. 323 y 325. Sobre el particular me remito, además, a los datos aportados por ALKORTA IDIAKEZ, I., en este mismo número monográfico: «La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo». En el apartado 3 su autora apunta a que el 21% de los estados que cuentan con algún tipo de normativa reguladora se limita a códigos o estándares administrativos dirigidos a las clínicas de infertilidad que ofrecen tratamientos de reproducción asistida, y al aumento de las sanciones como consecuencia del surgimiento de estándares internacionales que orientan la práctica.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALGHRANI, A., «Deciding the Fate of Frozen Embryos», *Medical Law Review*, Vol. 13, 2005, pp. 244-256.

ALGHRANI, A., HARRIS, J., «Reproductive liberty: should the foundation of families be regulated?», *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 18(2), 2006, pp. 191-210.

ALKORTA, I., «Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

–, «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)», *Rev Der Gen H* 18/2003, pp. 41-89.

–, «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)», *Rev Der Gen H* 19/2003, pp. 23-41.

–, «El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear», *Rev Der Gen Hum* 24/2006, pp. 129-153.

–, «Nuevos límites del derecho a procrear», *DPC*, Núm. 20, 2006, pp. 9-61.

D'AMICO, M. d', «L'inconstituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa», *Rivista di BioDiritto*, 2/2014, pp. 13-35.

BAINHAM, A., «`Truth will out': paternity in Europe», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66(2), 2007, pp. 278-282.

BARBER CÁRCAMO, R., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva», *DPC*, Núm. 20, 2006, pp. 105-151.

BOMHOFF, J., ZUCCA, L., «The tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, Evans v. the United Kingdom, Fourth Section Judgement of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review* 2/2006, pp. 424-442.

CAHN, N.R., «Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)», *New York University Press*, New York – London, 2009.

CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Bosch, Barcelona, 2007.

COHEN, I.G., «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism» 25 *Reproductive BioMedicine Online* 660, 2012.

COOK, R.J., «International Protection of Women's Reproductive Rights», 24 N.Y.U.J. Int'l L&Pol., 1992, p. 672.

COOK, R., DICKENS, B.M., FATHALLA, M., «Reproductive Health and Human Rights. Integrating Medicine, Ethics and Law», Clarendon Press, Oxford, 2003.

FARNÓS AMORÓS, E., «Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», Atelier, Barcelona, 2011.

–, «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.

–, «Filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-59 (en prensa).

FIVCAT.NET, *Estadística de la Reproducción Humana Assistida a Catalunya*, 2012, pp. 1-17 (disponible on-line).

HERRERA, M., LAMM, E., «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires – Argentina), Núm. 122, 2 de julio de 2014, pp. 1-8.

VAN HOOF, W., Pennings, G., «Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care: The Issue of Legal Diversity», 19 *European Journal of Health Law* 187, 2012.

JACKSON, E., «S.H. and Others v. Austria», 25 *Reproductive Bio Medicine Online* 663, 2012.

LIND, C., «Evans v. United Kingdom – judgements of Solomon: power, gender and procreation», *Child and Family Law Quarterly*, 2006, Vol. 18(4), pp. 576-592.

De LORA, P., «¿Qué hay de malo en tener hijos?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 10, 2006, pp. 45-63.

- MURPHY, T., CUINN, G.O., «Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, Vol. 10(4), 2010, pp. 601-638.
- PACKER, C., «Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice», *67 Nordic Journal of International Law* 77, 1998.
- PENASA, S., «The Italian regulation on Assisted Reproductive Technologies facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy», *Rev Der Gen H* 37/2012, pp. 155-180.
- , «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientific: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (en prensa).
- , «Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation in the European Union», *Medical Law International* 12(3-4), 2013, pp. 300-327.
- PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, 2004, Vol. 19(12), pp. 2689-2694.
- PRIAULX, N., «Rethinking progenitive conflict: Why reproductive autonomy matters», *Medical Law Review* 16/2008, pp. 169-200.
- ROCA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ROMEO CASABONA, CM, PASLACK, R., SIMON, J.W., «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H* 38/2013, pp. 15-42.
- SHELDON, S., «Gender equality and reproductive decision-making», *Feminist Legal Studies*, 2004, Vol. 12, pp. 303-316.
- , «Evans v. Amicus Healthcare; Hadley v Midland Fertility Services – Revealing cracks in the 'twin pillars?'», *Child and Family Law Quarterly*, 2004, Vol. 16(4), pp. 437-452.
- SHENFIELD, F., De MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A, De WERT, G., GOOSSENS, V., the ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, «Cross border reproductive care in six European countries», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(6), pp. 1361-1368.

STORROW, R.F., «The pluralism problem in cross-border reproductive care», *Human Reproduction*, 2010, Vol. 25(12), pp. 2939-2943.

VIDAL MARTÍNEZ, J. «Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev Der Gen Hum* 34/2011, pp. 155-201.

WARNOCK, M., *A question of life, The Warnock Report on Human Fertilisation & Embriology*, Oxford (UK) & Cambridge (USA), Blackwell, 1985.

–, «Making babies. Is there a right to have children?», Oxford, Oxford University Press, 2002.

WEISBERG, D.K., APPLETON, S.F., «Modern Family Law. Cases and Materials», Third Ed., Aspen, New York, 2006.

III. Implicaciones sociales de las técnicas de reproducción asistida

Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción?

CARLOS LEMA AÑÓN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Las técnicas de reproducción asistida y las prácticas sociales asociadas a ellas han sido objeto de controversia desde su inicio. Una de las cuestiones debatidas fue si globalmente suponen una oportunidad para incrementar la libertad de las mujeres o por el contrario pueden contribuir a mantener, de una nueva forma, la secular opresión de las mujeres. Aunque no caben respuestas tajantes y globales, sí que hay determinados ámbitos en los que la cuestión es relevante. Aquí se examinarán las objeciones vinculadas con la opresión, mercantilización y explotación que algunas de las prácticas podrían generar.

Abstract

New Reproductive Technologies and social practices they allow have been widely discussed since their origins. It has been debated whether they create an opportunity to promote women's freedom or, on the contrary, they can be seen as a new way of keeping women's oppression. Even if there are not categorical answers to this debate, it can be identified certain fields where the question is relevant. Objections of oppression, commodification and exploitation that some practices could generate are assessed in this paper.

Palabras clave

Reproducción asistida, feminismo, autonomía, mercantilización, explotación.

Key Words

Assisted reproduction, feminism, autonomy, commodification, exploitation.

Sumario

1. Introducción: del burdel reproductivo a la liberación femenina (y viceversa)
2. ¿Puede una tecnología ser liberadora (u opresora)?
3. ¿Opresión, falta de control y violencia simbólica?
 - 3.1 Los discursos femeninos y la reproducción asistida
 - 3.2 Dominación masculina y violencia simbólica
 - 3.3 Familia, roles de género y heteronormatividad
4. ¿Mercantilización y explotación?
 - 4.1 El mercado de los cuerpos
 - 4.2 Explotación
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN: DEL BURDEL REPRODUCTIVO A LA LIBERACIÓN FEMENINA (Y VICEVERSA)

Las técnicas de reproducción asistida suponen un caso paradójico en la discusión bioética de nuevos desarrollos científico y técnicos en el ámbito de las ciencias de la vida y la medicina. Por un lado, no se puede considerar que las técnicas de reproducción asistida ocupen un lugar de vanguardia, o que sean expresión de los desarrollos más revolucionarios en estos campos. En cambio, desde el punto de vista del impacto social del desarrollo de las ciencias de la vida, difícilmente se les puede negar esa posición de vanguardia. En efecto, las nuevas tecnologías reproductivas y las prácticas que posibilitaron, se convirtieron en buena medida en el primer espacio importante, y –por lo menos temporalmente– en el más significativo en cuanto a la introducción de las aplicaciones perceptiblemente novedosas de las ciencias de la vida en el campo social. Se convirtieron –o así fueron vistas– en las embajadoras de unas posibilidades sorprendentes y novedosas: simbolizaban al mismo tiempo las promesas y las amenazas de una rama tecnocientífica emergente.

Se trataba, en su origen, de una especie de anuncio o de un anticipo real y palpable de la capacidad que las aplicaciones de las ciencias de la vida iban a tener para cambiar radicalmente aspectos y concepciones que afectaban incluso a cuestiones próximas, cotidianas o íntimas. Con ellas se podía ya percibir (y anticipar) posibles modificaciones que las ciencias de la vida posibilitaban sobre lo humano y sobre los seres humanos. Y ello a nivel material, al de la incidencia sobre la *corporeidad*, al abrir camino a la manipulación e incluso la modificación actuando sobre el propio cuerpo humano; pero también a nivel *simbólico* o conceptual, por la incidencia sobre las formas de representarse los seres humanos, o sobre las instituciones culturales (incluidas las jurídicas) con que se aprehenden e institucionalizan las relaciones naturales entre individuos, o de estos con el medio.

El pensamiento feminista no fue ajeno a estas consideraciones. Tuvo el mérito de incidir en la necesidad de pensar estas cuestiones desde el punto de vista de las mujeres, que no dejaban de ser las directamente afectadas y concernidas por las intervenciones, pero que habían estado ausentes en la consideración de su desarrollo. Durante la década de los ochenta se inició en el movimiento feminista una consideración global y un debate en torno a las nuevas tecnologías de la reproducción y sus consecuencias para las mujeres. Este debate tuvo significativas manifestaciones en el ámbito de la reflexión académica, muy especialmente

en el ámbito anglosajón¹. Nota común a todas las aportaciones era precisamente la consideración de los intereses de las mujeres, lo que tuvo el mérito de hacerlos visibles y permitir que apareciesen como valores a tener en cuenta en la discusión pública sobre las implicaciones políticas, éticas y sociales de estas nuevas posibilidades técnicas y de las prácticas (e ideologías) que las acompañaban². Pero más allá de esta nota común, las divergencias eran importantes. En general, estas tecnologías y prácticas eran contempladas como ambivalentes: como virtualmente capaces de derribar la representación simbólica que asocia ineluctablemente el sexo femenino y la reproducción, o como capaces de superponerse eficazmente a las viejas concepciones patriarcales y apuntalarlas precisamente en un momento en el que eran cuestionadas³.

Este doble punto de vista estaba muy presente en el debate y según se enfatizase más un aspecto u otro daba lugar a una pluralidad de propuestas bastante amplia, tanto al especular sobre lo que estas técnicas podían *potencialmente* significar para las mujeres y para la maternidad, como al analizar lo que *de hecho* estaban suponiendo en la práctica.

Las especulaciones sobre *posibles escenarios* futuros alternaban entre visiones radicalmente opuestas: desde el antiutópico “burdel reproductor” de Gena Corea⁴ hasta la visión de S. Firestone de la reproducción artificial como el instrumento que habría de liberar a las mujeres de su opresión⁵.

¹ Aunque iniciado y especialmente intenso en los Estados Unidos, también tuvo manifestaciones en España, con libros como TABOADA, L., “La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fertilización *in vitro*”, Barcelona, 1986, y TUBERT,S., “Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología”, Madrid, 1991.

² Este papel es destacado tanto desde el ámbito propiamente feminista (Cf. WARREN, M. A., “IVF and women’s interests: an analysis of feminist concerns” *Bioethics*, vol. 2, núm. 1, 1988, pp. 37-57; OVERALL, C., “Human reproduction: principles, practices, policies”, Toronto, 1993; PURDY, L., “Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics”, Ithaca and London, 1996), como desde fuera de él (CHARLESWORTH, M., “La bioética en una sociedad liberal”, Cambridge, 1996) y hasta cierto punto se admite desde posiciones abiertamente hostiles (LAURITZEN, P., “What Price for Parenthood?”, Hastings Center Report, vol. 20, núm. 2, 1990, pp. 38-46).

³ GAILL, F., “Vous avez dit ‘bébé éprouvette?’” *La revue d’en face*. n. 13, Hiver, 1983, pp. 5-17.

⁴ COREA, G., “The reproductive brothel”, *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, 1987, pp. 38-52

⁵ FIRESTONE, S., “The dialectic of sex. The case for Feminist Revolution”, New York, 1970, p. 11. Para Firestone la forma más importante de opresión sexual deriva de los diferentes roles de hombres y mujeres en la reproducción, por lo que en esta lógica, la liberación de “familia biológica” puede venir por la vía de la reproducción asistida.

En cuanto a los análisis de las consecuencias que *de hecho* ya se estaban produciendo, estaban las visiones que ponían el énfasis en la pérdida de control que las mujeres experimentaban sobre su cuerpo⁶, frente al énfasis en las nuevas posibilidades de acceso a la maternidad para mujeres estériles⁷ o sin pareja masculina⁸.

Esta ambivalencia al contemplar estas tecnologías no se percibe tan solo al examinar el conjunto de las aportaciones del feminismo, sino que se puede apreciar en autoras concretas que asumen esta ambivalencia. Así por ejemplo, Jalna Halmer, situada claramente en el feminismo radical más crítico con las tecnologías, no deja de reconocer posibilidades a las técnicas de reproducción con la condición de una reapropiación femenina de su gestión. En los últimos tiempos se está produciendo un debate y a promover unas prácticas que puede que vayan en esta línea, como veremos después. En el otro extremo A. M. Warren, si bien no ve estas tecnologías como intrínsecamente negativas, es bien consciente de sus problemas, de sus costes y de sus riesgos, proponiendo cambios profundos en las prácticas sociales para permitir que las mujeres participen efectivamente en su desarrollo y gestión.

Podemos tener ahora la perspectiva de casi cuatro décadas de práctica de las técnicas de reproducción asistida derivadas de la fecundación *in vitro* (desde el primer nacimiento en 1978). Creo que con esta perspectiva difícilmente podemos decir que, sin más, las técnicas de reproducción asistida hayan supuesto un cambio radical en la situación de las mujeres. Lo cierto es que ni en un sentido ni en el otro. Pero hay que conceder que en un momento no era inoportuno ni desencaminado plantearse un debate en estos términos. Al fin y al cabo, la anticoncepción –la anticoncepción hormonal– años atrás había supuesto un cambio significativo para la situación de millones de mujeres, que ganaban en independencia, capacidad de planificar su vida familiar y de tomar decisiones

⁶ RAYMOND, J., “Preface” *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, 1987.

⁷ PURDY, L. M., “Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics”, Ithaca and London, 1996.

⁸ HALMER, J., “Reproductive Technology: The future for women?”, *Machina ex Dea: Feminist Perspectives on Technology* (ed. J. Rothschild), New York, 1983, pp. 183-197; y de la misma autora “Transforming consciousness: women and the new reproductive technologies”, *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, 1987, pp. 89-109.

reproductivas⁹. Si la posibilidad técnica de decidir no tener hijos (o cuándo no tenerlos) había abierto esto, la posibilidad técnica que parecía inversa, de decidir tener hijos (o cuándo tenerlos) a la fuerza había de producir efectos contrarios.

No se puede decir que fuera así. Los cambios sociales producidos no han sido de tal calibre. No parece que haya producido un enorme cambio en el control de la propia reproducción, e incluso las posibilidades de reducir el control masculino de la reproducción, cuando no se han enfrentado a múltiples obstáculos legales, institucionales y sociales, tampoco parece que se hayan abierto paso fácilmente (en España se sigue dando vueltas a la maternidad de la “mujer sola”). Por el otro lado, la antiutopía del burdel reproductivo, tampoco parece haberse hecho realidad. Si las técnicas de reproducción asistida han contribuido a un mayor control de la capacidad reproductiva de las mujeres (un rasgo que algunas autoras como Federici caracterizan con un movimiento secular de la modernidad capitalista¹⁰), tampoco parecen haber hasta ahora un rasgo destacado.

Más bien las cosas han estado en términos más moderados. Por eso precisamente la cuestión es difícil de responder tajantemente. Pero no por ello es inoportuna o poco pertinente, pues como veremos hay asuntos que plantean unas cuestiones ciertamente complejas. Pero hay que situarlas en un contexto en el que las técnicas en general han alcanzado un grado significativo de aceptabilidad social y han permitido acceder a la maternidad a muchas mujeres, que de otra manera encontraban dificultades para hacerlo. Al menos si las comparamos con sus inicios, no se puede sino constatar su normalización y legitimación tanto a nivel social, como a nivel jurídico. Por eso, la discusión en torno a las mismas se suele plantear ya respecto a cómo organizarlas socialmente, a cómo regularlas, a cómo proteger los derechos e intereses de los sujetos implicados o a cómo evitar algunos abusos, pero en general no en torno a su licitud o aceptabilidad global, una vez también que no pueden ser calificadas de forma unilateral como opresoras o liberadoras. En cierto

⁹ Respecto a la píldora y el diu, “Cuando las mujeres utilizan estos métodos, los hombres, por primera vez en la historia de la humanidad, ya no pueden exponerlas contra su voluntad al riesgo de embarazo, y su propio deseo de paternidad se vuelve así tributario de la voluntad de maternidad de sus parejas (...). La reducción de la mortalidad infantil y la ‘revolución anticonceptiva’ disminuyeron sensiblemente la parte de su vida que las mujeres de Occidente dedicaban a la gestación”, LEFAUCHEUR, N. “Maternidad, Familia, Estado”, *Historia de las mujeres* (Dir. G. Duby y M. Perrot), Madrid, 2000, pp. 490-491.

¹⁰ FEDERICI, S., “Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria”, Madrid, 2004.

modo esto otorga la tranquilidad de poder debatir sin que el juicio tenga que decantarse por una aceptación o crítica completa de las técnicas y las prácticas sociales en las que se manifiestan. Pero no quita que de acuerdo con diferentes contextos, políticas o soluciones institucionales, determinadas prácticas vinculadas a la reproducción asistida puedan significar opresión o emancipación de las mujeres¹¹.

2. ¿PUEDE UNA TECNOLOGÍA SER LIBERADORA (U OPRESORA)?

Ahora bien, en el planteamiento de la cuestión, parece que en principio lo que resulta extraño es que atribuyamos a una tecnología o a una técnica capacidad para fomentar la autonomía o la sujeción, la liberación o la opresión de las mujeres. ¿Acaso no es neutra la ciencia y la tecnología?

Lo cierto es que en las últimas décadas hay elementos para problematizar en parte esta asunción. Es lo que se ha llamado “crisis de la ciencia”¹². La industrialización organizativa y de las aplicaciones de la ciencia y su consecuente ligazón con los gobiernos, la industria y la máquina de guerra ha deteriorado irreversiblemente su imagen y su pretensión de neutralidad. La progresiva indisolubilidad entre ciencia y técnica, y aun la preeminencia de esta última ha hecho difícilmente sostenible la pretensión de bondad intrínseca de una ciencia profilácticamente separable de la ambigüedad o del mal uso de la técnica. Al mismo tiempo, los nuevos avances y posibilidades de la tecnociencia –que por su propia naturaleza es manipuladora y modificadora de su objeto– tienen una doble cara: proporciona conocimientos y recursos valiosos pero al tiempo peligrosos por ser en alguna medida impredecibles. El conocimiento de las consecuencias de determinadas actuaciones tecnocientíficas o de manipulaciones técnicas científicamente fundamentadas no es ni de lejos tan rico (ni tan “científico”) como el que permite realizarlas: existe una asimetría entre la capacidad de actuar y la capacidad de predecir. La tecnociencia es también, en sí, y ya no sólo por posibles usos desviados,

¹¹ Esta es también la perspectiva de J. Parks en una revisión del debate sobre opresión o liberación. Para esta autora el debate feminista sobre si las técnicas de reproducción asistida tiene un potencial radical u opresivo es equivocado, puesto que estas potencialidades no son inherentes a las técnicas, y sus consecuencias pueden variar mucho en diferentes contextos (PARKS, J., “Rethinking Radical Politics in the context of Assisted Reproductive Technologies”, *Bioethics*, 27-1, 2009, pp. 20-27).

¹² SANTOS, B. S., “Introdução a uma ciência pós-moderna”, Porto, 1992, p. 148.

portadora –junto con beneficios y esperanzas– de peligros y, sobre todo, de riesgos.

La “crisis de la ciencia” no es tanto –o por lo menos en lo que aquí interesa– una cuestión teórica o epistemológica¹³: el saber científico es en cualquier caso el más rico de que se dispone. La cuestión es su constitutiva ambigüedad político-moral que conlleva riesgos “probablemente proporcionales a su calidad epistemológica”¹⁴. Hasta cierto punto, estos aspectos se han manifestado en una “crisis de legitimación” de la ciencia, para la que se han buscado vías de solución provenientes del interior o no de la comunidad científica: de ahí los comités de ética, o las declaraciones sobre experimentación con seres humanos, limitaciones legales a determinados experimentos, o en general la actividad de reflexión y de regulación en torno a la bionomía y bioética.

Ahora bien, incluso si podemos llegar a aislar determinados casos en los que una tecnología es intrínsecamente peligrosa, es siempre relevante el contexto social en el que se realizan las prácticas. Haríamos mal en examinar las prácticas tecnológicas tanto de forma exclusivamente técnica, como de forma exclusivamente cultural. La consideración de estas cuestiones únicamente en torno a la idea del “progreso tecnocientífico” genera una tendencia apologética, su autonomización de los procesos histórico-sociales y al mismo tiempo la imposibilidad, en última instancia, de cualquier decisión social o cualquier intervención no reductible a la propia lógica de la técnica. Pero la perspectiva culturalista también resulta incompleta: relativizar los factores tecnológicos no solo puede ser falso sino que también impide considerar que las propias técnicas pueden ser expresión de nuevos significados sociales.

Por esta razón hay que distinguir siempre entre la técnica y su producto. Hay que hacer notar que la mirada se dirige, pues, a unas determinadas *técnicas*, pero sobre todo a lo que se puede llamar *prácticas* sociales en que se manifiestan estas técnicas, lo que incluye también el aspecto técnico; es decir, considerando no solo –o no centralmente– lo referido al *know how*, sino sobre todo a los aspectos sociales, culturales e institucionales que lo rodean y en los que se manifiesta.

¹³ Aunque pueda tener también esas implicaciones; véase SANTOS, B. S., “Towards a new common sense”, New York, 1996, pp. 17 y ss.

¹⁴ SACRISTÁN, M., “Pacifismo, ecología y política alternativa”, Barcelona, 1987, p. 109.

Como ejemplo de todo ello en el ámbito de los avances técnicos en la medicina reproductiva, valga el de la ecografía en la India. En principio la ecografía es un instrumento útil y positivo para el diagnóstico y en general para el seguimiento del embarazo. Es cierto que B. Duden ha observado agudamente cómo ha contribuido al mismo tiempo a hacer transparente y a invisibilizar a las mujeres como sujetos¹⁵. Pero no se puede cuestionar su utilidad médica. En la India, sin embargo, en los años noventa del siglo pasado se empezó a usar la ecografía como forma de detectar el sexo y abortar los fetos femeninos¹⁶. Desde el momento en que estos métodos se extendieron, las campañas feministas consiguieron trasladar la preocupación a las autoridades: y ya no solo por lo controvertido del método en sí, sino por la falta de control de esta actividad y los riesgos que conllevaba para las mujeres (incluso porque las condiciones en las que se realizaban podían ser deficientes). Esto llevó a algunos estados a prohibirlo, y finalmente –en 1994– a que se prohibiera en todo el país. Efectivamente, se aprobó la ley sobre técnicas de diagnóstico que a pesar de tratarse de una ley sobre el diagnóstico prenatal y de que en ella se regulan aspectos generales de estas prácticas médicas, es evidente que los objetivos de la misma van directamente dirigidos en gran medida a evitar la detección y selección de sexo por medio de ecografías.

La ley restringe fuertemente y de forma estricta los casos en los que se puede realizar el diagnóstico prenatal. No se permite más que para detectar una serie de anomalías (entre las cuales están las enfermedades genéticas ligadas al sexo), pero además es preciso que se dé alguna situación especial de riesgo: que la edad de la mujer embarazada sea superior a 35 años; que la mujer haya sufrido dos o más abortos espontáneos; que hubiese estado expuesta a agentes teratogénicos, o que tenga un historial familiar de deficiencias mentales o malformaciones físicas. Está prohibida la realización de técnicas de diagnóstico prenatal destinadas a determinar el sexo del feto. Además, tras la realización de cualquier diagnóstico prenatal está totalmente prohibido informar a la mujer embarazada o a sus familiares sobre el sexo del mismo.

Otra particularidad de la ley –pues indica otra de las preocupaciones que están latentes en su aprobación– es el control no sobre las mujeres embarazadas, sino sobre sus familias y esposos, en la idea de que serán estos los que las obliguen a someterse al diagnóstico. Hasta el punto de

¹⁵ DUDEN, B., “Il corpo della donna come luogo pubblico”, Torino, 1994.

¹⁶ MIES, M., “Nuevas tecnologías de reproducción: sus implicaciones sexistas y racistas”, en *La praxis del ecofeminismo*, Barcelona, 1998, pp. 56-57.

que se establece la presunción, salvo que se demuestre lo contrario, de que la mujer embarazada fue forzada por su marido o su familia a someterse a las pruebas, por lo que serán responsables de instigación y castigados según las penas previstas (incluyendo prisión).

Así pues, incluso si no se puede descartar que algunas técnicas puedan tener un significado autónomo –en el sentido que sea– en términos político-morales, no parece una buena forma de proceder al análisis empezar por este nivel de la cuestión. A la hora de hablar, pues, de autonomía o de sujeción hay que hacerlo por referencia a la práctica social de la técnica y a su contexto.

Las técnicas de reproducción asistida, si bien no han parecido profundizar significativamente en la promoción de la autonomía y la liberación de las mujeres, sí que han permitido beneficiarse a muchas de ellas de poder tener hijos. Ahora bien, y qué hay de las objeciones que apuntan a que –al menos en ocasiones– han podido ser vistas como instrumentos de nuevas formas de opresión o de sujeción de las mujeres. ¿Acaso no han creado en alguna medida su propia necesidad apuntalando socialmente la obligación de tener hijos “biológicos” “de la propia sangre” consolidando así ideas tradicionales de la maternidad normativa y normalizada?

Realizaremos aquí este examen centrándolo en dos cuestiones: las acusaciones de opresión y las acusaciones de mercantilización y explotación. En primer lugar, lo que tiene que ver con las que tienen que ver con la acusación de opresión, sea por el control masculino de la reproducción, por la reducción de las mujeres al papel de madres o por la exclusión del punto de vista femenino en la discusión social. En cierto modo, este tipo de objeciones continúan teniendo un carácter relativamente general. Sin embargo, no necesariamente –en el caso de que sean reales– habrían de ser un rasgo intrínseco de las prácticas de reproducción asistida.

En segundo lugar, nos detendremos en lo que tiene que ver con las objeciones derivadas de las acusaciones de mercantilización del cuerpo femenino y de explotación de las mujeres en términos de justicia de género. En este segundo caso, las objeciones de este tenor no tienen por qué tener un carácter general y más bien se centran en determinadas prácticas concretas.

3. ¿OPRESIÓN, FALTA DE CONTROL Y VIOLENCIA SIMBÓLICA?

No han faltado aproximaciones que interpretan las prácticas ligadas a estas tecnologías como “la última expresión de la vieja tentativa de obtener el control sobre la reproducción, tradicionalmente preservado por la mujer” en expresión de R. Chatwick¹⁷. Desde este punto de vista, no es que ineluctablemente las técnicas de reproducción asistida tengan que ser necesariamente instrumentos de opresión, pero el hecho de que se hayan integrado sin mayores tensiones en estructuras que sí lo son y plantea al menos dos preguntas, paralelas a las ya clásicas como hemos visto en la revisión feminista de las mismas. En primer lugar, en qué medida estas prácticas se sitúan como sustentadoras de las estructuras de opresión. En segundo lugar, hasta qué punto estas prácticas pueden o podrían poner en cuestión este esquema.

Los conceptos de opresión y de dominación han sido centrales en los discursos de los movimientos sociales desde los años sesenta y setenta del siglo pasado. Por ese motivo I. M. Young ha propuesto situarlos en el primer plano de la reflexión sobre la justicia, que había estado unilateralmente centrada en la noción de redistribución¹⁸. Para Young la opresión consiste en procesos institucionales sistemáticos o procesos sociales institucionalizados que impiden a las gentes interactuar o expresarse socialmente, al tiempo que la dominación –y las estructuras de dominación como opuestas de la democracia social y política– impide participar en la determinación de las propias acciones o de las condiciones para las mismas¹⁹.

3.1 Los discursos femeninos y la reproducción asistida

En el caso de las tecnologías de la reproducción, el saber médico, el saber y la actuación sobre los cuerpos y las patologías ha operado no solo como un mero saber científico-técnico, sino también en un saber político, o por lo menos no fácilmente delimitable con respecto a aquel. Se convierte en un saber y una prescripción sobre el comportamiento, sobre la sociedad, sobre las instituciones y sobre sus patologías. El tratamiento

¹⁷ CHADWICK, R. F., “Having Children”, *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, New York, 1987, p. 26.

¹⁸ YOUNG, I. M., “La justicia y la política de la diferencia”, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.

¹⁹ Ibídem, p. 68.

real y discursivo de la infertilidad –indicación por excelencia de la reproducción médica asistida– es un ejemplo muy claro.

Efecto de ello es que la presencia femenina en el imaginario de la reproducción asistida y en la discusión de los problemas que ésta suscita es relativamente baja y secundaria, si bien se ha ido paliando con el tiempo esta ausencia. Pero a través de abstracciones en el tratamiento de los sujetos implicados se diluye la especial incidencia de estas tecnologías sobre las mujeres. Como resultado, no afloran sus específicos intereses, con lo que se tiende a simplificar los problemas y a privilegiar en su solución los derechos de otros sujetos afectados.

Cuando se examinan los diferentes sujetos afectados para establecer los intereses y derechos en juego –sea legalmente o en otro tipo de discursos– es habitual enumerar entre otros al médico, al/a la tercero/a donante de gametos, al embrión, al futuro niño... A veces la mujer no tiene siquiera existencia separada: es la pareja, o los “padres” los que se consideran. Como si no pudiesen tener diferentes intereses, como si el consentimiento del hombre (al que habitualmente se le concede mucha importancia, sobre todo para la determinación jurídica de la filiación) pudiese ser igual y con las mismas consecuencias que el de la mujer, que al fin y al cabo está consintiendo además intervenciones médicas en su cuerpo, y probablemente una gestación. Algunas veces, cuando la mujer es individuada como sujeto, se hace para presentar –y posteriormente limitar– sus intereses como esencialmente enfrentados a los del embrión o a los del futuro hijo.

Pero la particular posición de las mujeres con respecto a las nuevas tecnologías reproductivas es la intervención directa en su cuerpo con unas determinadas consecuencias y riesgos, impiden que se pueda realizar convincentemente la *reductio ad unum* de los intereses de los sujetos implicados, como si fuesen asexuados. La igualación es falaz: como ha mencionado C. Overall: “No puede darse por sentado que la libertad reproductiva masculina –cuya ausencia significaría menos control sobre el esperma donado o vendido– sea comparable a la libertad reproductiva de las mujeres, cuya ausencia significa una labor de reproducción forzosa y la pérdida de integridad corporal...”²⁰. En esta línea, Luciano Violante al examinar la sentencia del conocido caso de *Baby M.*, el primero *maternidad subrogada o gestación por sustitución* judicializado, subraya que el juez (al dictar que la mujer puede contratar sobre un objeto de su propiedad como

²⁰ OVERALL, C., “Human reproduction: principles, practices, policies”, Toronto, 1993, p. 86.

es el útero, y que ha de cumplir el contrato) establece una comparación entre ceder el útero y ceder esperma. La inadecuación de la comparación pone de manifiesto la imposibilidad de reducir las participaciones masculina y femenina a un denominador común a partir del cual establecer posteriormente derechos e intereses simétricos²¹.

Por otro lado, la poca consideración y consiguiente infravaloración de los intereses de la mujer también se observa a la hora de establecer prioridades entre los intereses y de contrapesarlos con otros para la resolución de problemas morales ligados a las nuevas tecnologías reproductivas. Así por ejemplo el discurso de protección a ultranza y de personificación del embrión ha contribuido a ello en muy buena medida²².

Hay varias formas en las que las mujeres, sus decisiones (o incluso la conciencia de su presencia) son poco tenidas en cuenta con relación a las nuevas tecnologías reproductivas. Entre ellas se pueden destacar tres. (a) La ausencia o debilitamiento del control femenino de las prácticas realizadas sobre sus propios cuerpos; (b) la omisión o desvalorización de las voces y discursos femeninos como tales, y (c) la desvalorización de los intereses de las mujeres implicadas con relación al resto de los sujetos e intereses en juego.

3.2 Dominación masculina y violencia simbólica

El argumento en este sentido no es que las técnicas de reproducción asistida sean generadoras de opresión o que lo sean de forma privilegiada respecto a otras prácticas sociales. La cuestión es hasta qué punto estas prácticas, que se insertan en un contexto más o menos extremo de dominación y opresión de las mujeres, pueden contribuir a reforzarlo –lo que ha ocurrido con frecuencia– o podrían eventualmente contribuir a su cuestionamiento.

Y es que efectivamente, las prácticas sociales de reproducción asistida, –como por otra parte cualquier otra– se realizan en un contexto de *dominación masculina*. Se trata de una dominación que no es puramente simbólica, aunque lo simbólico tenga gran importancia. En este sentido P. Bourdieu la caracteriza como la preeminencia universalmente reconocida

²¹ VIOLANTE, L., “Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana”, *Bioetica*, Roma-Bari, 1989, pp. 264-265.

²² LEMA AÑÓN, C., “Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida”, Madrid, 1999, cap. IV.

a los hombres que se afirma en la *objetividad* de las estructuras sociales y las actividades productivas y reproductivas, basada en una división sexual del trabajo de producción y de reproducción biológica y social que confiere al hombre la mejor parte y que está además incluida en los esquemas inmanentes de todos los hábitos sociales²³.

Pero además, para Bourdieu, la dominación masculina se reproduce en las sociedades en que vivimos mediante lo que denomina la *violencia simbólica*, mediante prácticas microscópicas y cotidianas, repetidas incesantemente. La violencia simbólica se incorpora en sutiles prácticas de simbolización (clasificación jerarquizada, prohibiciones y obligaciones aceptadas como saber común) que naturalizan la dominación y la inscriben en los cuerpos y en los comportamientos de las personas. El que se denomine *simbólica* no significa que sea irreal o que no tenga efectos. Sin embargo, Bourdieu sostiene que solo se puede percibir esta forma especial de dominación a condición de superar la alternativa entre coacción y consentimiento. El efecto de la dominación simbólica (en el caso del sexo, pero también en el de la etnia, cultura o lengua) es que produce efectos duraderos sobre las gentes, es decir, unas inclinaciones espontáneas adaptadas al orden que les impone.

La violencia simbólica es una forma de poder ejercida directamente sobre los cuerpos al margen de cualquier coacción física. Está sustentada en un inmenso trabajo previo que ha sido necesario para operar una transformación duradera de los cuerpos y producir disposiciones permanentes. Ejerce una acción transformadora invisible a través de la familiarización insensible con un mundo físico simbólicamente estructurado y de la experiencia precoz y prolongada de interacciones penetradas por estructuras de dominación²⁴. Por eso, desde el derecho y el Estado, que han sido y en alguna medida siguen siendo instancias de reproducción del dominio masculino, no se ha podido eliminar, mediante la simple remoción de la desigualdad de *iure*, la poderosa discriminación simbólica inscrita en todos los ámbitos de actividad social e interiorizada por las personas hasta el punto de haber configurado sus cuerpos y sus mentes.

²³ BOURDIEU, P., “La dominación masculina”, Barcelona, 2000, p. 49. Hay que advertir que la noción utilizada por Bourdieu, con una intención más descriptiva que normativa, no coincide con la manejada por Young de la que ya hemos hablado.

²⁴ Ibídem, p. 55.

3.3 Familia, roles de género y heteronormatividad

Probablemente la cuestión de los modelos familiares sea la que mejor muestre la capacidad de las prácticas vinculadas a las tecnologías reproductivas para reproducir la opresión femenina o para abrir brechas en ella. En concreto, en el caso de su utilización fuera de la familia tradicional matrimonial y heterosexual. Desde el punto de vista técnico, las tecnologías de reproducción, al descomponer los momentos de la reproducción hacen transparente la aportación biológica: ya no hay duda de quién es el padre biológico. Este hecho podría tender a reforzar la idea naturalista de la correspondencia necesaria entre filiación biológica y filiación jurídica social. Sin embargo desde que se introduce la idea del tercero donante más patente se hace que la filiación jurídico-social tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones y de instituciones sociales y jurídicas que median, modulan, e incluso modifican la mera relación biológica. Por eso, si en un principio las tecnologías de la reproducción parecieran reforzar las ideas y planteamientos biologicistas²⁵, un análisis más detallado parecería sugerir precisamente todo lo contrario.

Por este motivo, el caso de la utilización de la reproducción asistida por parte de mujeres sin pareja masculina representa un caso ejemplar para plantear esta cuestión. La hostilidad, teórica y en muchas ocasiones institucional, hacia esa posibilidad manifiesta, de forma abierta, las limitaciones pero también las posibilidades que abren las técnicas de reproducción asistida. Esto que se acrecienta en los casos –hasta hace bien poco innombrables– de parejas formadas por mujeres. Dos han sido las grandes líneas de oposición a esta posibilidad. En primer lugar la apelación a los derechos de los hijos y, en segundo lugar, a las prioridades médica-sanitarias.

La afirmación de que en el juego de derechos e intereses confrontados han de prevalecer los de los hijos goza de tal aceptación que nadie estaría dispuesto a dejar de aparecer como su valedor; pero es cosa distinta que de ello se pueda derivar sin más la necesidad de que el derecho haya de garantizar que las familias estén formadas por un hombre y una mujer (casados) y su descendencia. Una vez que la Constitución separa matrimonio de familia, ligando esta última a la existencia de hijos y

²⁵ Y efectivamente en cierto modo sí que refuerzan las ideas biologicistas. Del resurgir de este tipo de ideologías, de su contextualización y de su crítica véase SANMARTÍN, J., “Los nuevos redentores. Reflexiones sobre la ingeniería genética, la sociobiología y el mundo feliz que nos prometen”, Barcelona, 1992. Y sobre todo LEWONTIN, R. C.; ROSE, S., y KAMIN, L., “No está en los genes. Crítica del racismo biológico”, Barcelona, 1996.

protegiendo a las madres cualquiera que sea su estado civil, ¿cómo poder seguir alegando un derecho del hijo a la doble figura parental para negar la posibilidad del acceso de las mujeres sin pareja masculina? Coexistiendo los derechos reproductivos²⁶ y un derecho a la garantía de la protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la Constitución) no está tan claro que la protección de este último derecho haya de pasar por la limitación del primero. Incluso si no se admite la existencia de un derecho a la reproducción también sería difícil –a partir de la Constitución– hablar de un derecho a nacer en el seno de una familia basada en el matrimonio, o incluso de una familia biparental. Y pretender que el bienestar de los hijos solo se puede garantizar en una familia biparental, y nunca en una familia monoparental, es difícil de mantener apriorísticamente: una familia biparental puede dejar de serlo (y no se propone limitar a la posibilidad de divorcio o separación “en interés del bienestar del menor”); y también puede ser incapaz de mantener el bienestar del menor, cuando no ser totalmente perjudicial para el mismo.

La otra gran línea de argumentación se basa ya no tanto en la inadecuación familiar, sino en que el recurso a la reproducción asistida no estaría tan “justificado” como en el caso de las parejas heterosexuales. En el caso de los matrimonios heterosexuales sería una necesidad médica derivada de la esterilidad, mientras que en otro supuesto sería una opción que simplemente podría ser tolerada. Sería acaso un capricho extravagante, de un modelo de familia extravagante, que si bien no queda más que tolerar ha de dejar claro su posición de inferioridad. Aquí la cuestión se traslada a la negativa a admitir estos tratamientos dentro de los financiados públicamente.

Para ello se ha recurrido –una vez más– al “discurso de la esterilidad” como una solución supuestamente coherente e inobjetable al problema del acceso, postulándose como la posibilidad de ofrecer a un tiempo la justificación del recurso a las prácticas de reproducción asistida y la limitación de los supuestos permitidos²⁷. Sólo sería aceptable para quienes

²⁶ La cuestión del derecho a la reproducción sería en todo caso una construcción doctrinal y no exenta de problemas y contradicciones. Véase en este sentido IGAREDA, N., “El hipotético derecho a la reproducción”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pp. 252-270.

²⁷ Denomino “discurso de la esterilidad” a un conjunto de propuestas de justificación de las prácticas de reproducción asistida (de su investigación y desarrollo, de su financiación, etc.) que busca la legitimación de estas alegando que significarían un “remedio a la esterilidad”. Este discurso se puede resumir en tres proposiciones: a) existe un número creciente de personas con problemas de esterilidad que demandan respuesta a la medicina; b) la

han devenido estériles, es decir, a modo de “remedio” o “terapia”, lo que ofrecería una razón suficiente para excluir otros casos sin que, supuestamente, con ello se cometiese una discriminación injustificada. En España, la legislación española vigente hasta 2006 parecía optar por el discurso de la esterilidad como legitimación-límite, aunque de forma ambigua. Según los números 2 y 3 del artículo 1.º de la Ley 35/1988 era posible recurrir a las técnicas de reproducción asistida esencialmente con dos finalidades: para la actuación médica ante la *esterilidad humana* y secundariamente para la *prevención y tratamiento* de enfermedades de origen genético. El discurso de la esterilidad está aquí claramente presente no solo por el hecho de que se asume que esta es su finalidad fundamental, sino también por la implícita consideración de estas técnicas como terapias (lo cual dista de estar claro).

En realidad, el criterio de justificación-limitación de la esterilidad, lo que hace es trasladar la decisión sobre el acceso (que no es una decisión puramente técnica) a los especialistas, con la presuposición (ficción) de que la esterilidad es una patología y las técnicas son la terapia más adecuada. De esta forma se trataría aparentemente de una cuestión técnica. Pero no es así. En el propio ejemplo que estamos tratando, como hemos visto, el criterio de la esterilidad excluye (a riesgo de autodisolución) el acceso de la “mujer sola” (que es como se denominó este caso en los debates previos a la ley): en el supuesto de la mujer sola que quiera *optar* por esta opción porque no hay esterilidad; en el supuesto de la mujer sola que alegue esterilidad para intentar el acceso, porque es imposible comprobarlo e incluso indeseable que se establezcan este tipo de controles. En efecto, es imposible determinar con seguridad si es estéril, ya que el concepto de esterilidad lejos de remitir directamente a un hecho natural es una construcción que presupone como mínimo unas determinadas pautas familiares y de comportamiento sexual. Pautas que pueden ser útiles para el diagnóstico de casos concretos –probablemente la mayoría– pero que no agotan el catálogo de pautas y conductas admisibles y admitidas jurídicamente. La opción de exigir acreditación de esterilidad en estos casos, además de ser inviable, exigiría un grado de

respuesta médica más adecuada es la reproducción asistida; c) incidentalmente su aplicación abre perspectivas de interés para la investigación. Por medio de este discurso se pretende frecuentemente deslizar falazmente la validez científico-médica de los conocimientos sobre reproducción y las habilidades y técnicas en las que se basan las nuevas tecnologías reproductivas, hacia la validez de determinados sistemas de acceso basados en este discurso. Las tres proposiciones, por otra parte, son cuestionables en distinta medida (véase LEMA AÑÓN, C., “Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida”, Madrid, 1999, pp. 157 y ss.).

intervención en la intimidad indeseable, al tiempo que una discriminación injustificada con respecto a los matrimonios.

Por otra parte, la propia definición de esterilidad en la que se basa esta construcción es imprecisa y arbitraria. La esterilidad no es un mero dato de la naturaleza, pues en su propia definición es significativa la *voluntad* o no de tener hijos. Por ello, la distinción entre curación de una enfermedad (que afirma el discurso de la esterilidad) y la satisfacción de una necesidad o incluso un deseo se desvanece y no resulta tan clara como pudiera parecer. En general, el discurso de la esterilidad como discurso normativo de legitimación-limitación con respecto al acceso es altamente cuestionable. La solución adoptada por la Ley 14/2006 parece, en este sentido, y con los matices, más acertada. O si se quiere, más consciente de los problemas que plantea el discurso de la esterilidad como justificación y como límite. En efecto, en el articulado de esta ley no aparece ni una sola referencia a la esterilidad. El abandono de toda referencia a la esterilidad en el articulado de la ley se logra simplemente evitando cualquier indicación respecto a la *finalidad* de las técnicas de reproducción asistida. Ello naturalmente puede tener algunos inconvenientes, pero en todo caso es más preciso que en la legislación anterior que, por las razones apuntadas, era internamente incoherente e insostenible²⁸.

Que este discurso haya sido abandonado incluso a nivel legislativo no es obstáculo para que siga operando hasta el punto de constituir una justificación –ahora extralegal– para seguir manteniendo la exclusión de algunas mujeres, precisamente para intentar apuntalar la ortodoxia de unos modelos familiares tradicionales. Unos modelos, que en el ámbito de la reproducción asistida lo que parecen querer mantener es el papel decisivo del varón en el acceso a la reproducción asistida.

El énfasis de la limitación a las cuestiones relativas a la organización familiar, aparte de resultar con facilidad excesiva, evita que se susciten otras cuestiones. Dice J. Costa-Lascoux: “Los peligros de un neoconservadurismo que acompañan a tal tipo de estructura familiar, a tal visión de la maternidad o de la feminidad, son tan grandes como aquellos que anidan en el ingenuo *laissez faire* de la ley del mercado del cuerpo”²⁹. Pero se puede ir más allá. No hay contradicción insalvable entre el “*laissez*

²⁸ En cualquier caso, la Ley 14/2006 sí que soluciona de forma tajante y en sentido positivo el problema del acceso de las mujeres sin pareja masculina a las técnicas de reproducción asistida (artículo 6.1).

²⁹ COSTA-LASCOUX, J., “Mujer, procreación y bioética”, *Historia de las mujeres*. (Dir. G. Duby y M. Perrot), Madrid, 2000, p. 605.

faire del mercado del cuerpo” y el “neoconservadurismo familiar”, algunos de cuyos presupuestos pueden ser asumidos y reforzados desde visiones biologicistas de la filiación. Este último representa en este ámbito una reacción frente a las inquietudes que despiertan algunas de las prácticas, expectativas y abusos con relación a las nuevas tecnologías reproductivas, entre ellos, desde luego, los ligados a la mercantilización de los cuerpos y de las relaciones familiares. Sin embargo representa una reacción desenfocada: capilar en cuanto al meollo de tales cuestiones y excesiva en lo colateral.

Realmente, la no contradicitoriedad en lo central (la tendencial coincidencia), reduce progresivamente el horizonte de la consideración crítica, y puede dar lugar a una adaptación en la que se conjuguen elementos de ambas tendencias. Una vez que son superados como obstáculos de papel a la mercantilización, los elementos neoconservadores pueden funcionar incluso como garantes del orden social a su acceso y apropiación, y desactivadores del potencial de cambio, de cuestionamiento social y de extensión de libertades que estas técnicas también contienen.

4. ¿MERCANTILIZACIÓN Y EXPLOTACIÓN?

En efecto, la cuestión de la mercantilización y la explotación en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida ha sido otro campo de controversia en el que evaluar su potencial opresor u emancipador. Para ello, aunque hay otros supuestos en los que el debate se puede plantear (p. e., la donación de óvulos), la cuestión de la gestación por sustitución es la que ofrece mejores condiciones para discutir este asunto. El punto de partida es que si bien esta opción abre la posibilidad de reproducción, puede que lo haga a costa de mujeres que están situadas en posiciones vulnerables o subalternas desde el punto de vista social.

En el campo del feminismo la gestación por sustitución ha sido muy debatida. Por un lado el feminismo liberal asume en general los presupuestos contractualistas, haciendo incluso hincapié en el hecho de que la limitación de estas prácticas se puede considerar –por lo menos en ciertos casos– como una limitación a la libertad reproductiva de las mujeres³⁰. Por el contrario, entre el feminismo de inspiración marxista y

³⁰ PURDY, L., “Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics”, Ithaca and London, 1996, pp. 182 y ss. Esta autora defiende que aunque el riesgo de explotación es real, y sobre todo en contextos sexistas, el contrato de maternidad no es necesariamente negativo, e incluso puede contribuir a mejorar la posición de las mujeres en la sociedad. En un sentido similar, C. Shalev propone la posibilidad de estos contratos como una forma de ejercicio de la

socialista se insiste en la coerción económica a que se ven sometidas las mujeres, y como en este sentido en realidad no entran libremente en los contratos, cuyas condiciones provocan realmente su explotación. Sobre todo desde el momento en que –salvo en los casos de subrogación dentro de la familia– la pareja contratante suele tener una posición social y económica relativamente alta, mientras que las madres subrogadas suelen ser pobres, en la mayoría de los casos con más hijos³¹.

En todo caso, es mérito de las distintas aportaciones feministas el haber situado el debate en estos términos³², rechazando muchas de las razones que habitualmente se discuten respecto a la gestación por sustitución, y que no por apelar de pasada a la dignidad de las mujeres implicadas dejan de ser paternalistas. Así por ejemplo los argumentos neoconservadores en la protección de las normas de filiación tradicionales; o aquellas argumentaciones según las cuales, a partir de una esencialización de las mujeres como portadoras de ciertos instintos, consideran la maternidad como una función inherente a la condición femenina, por lo que sería “antinatural” y “antifemenina” la conducta de quien cediera al fruto de su gestación³³.

autonomía y de posibilidad de que las mujeres tomen plena posesión de su cuerpo y de sus capacidades (SHALEV, C., “Birth Power. The case of surrogacy”, New Haven, 1989).

³¹ JAQUITH, C., “Surrogate motherhood, women’s rights & the working class”, New York, 1988; OLIVIER, K., “Marxism and Surrogacy”, *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, (ed. H. Holmes y L. Purdy), Bloomington and Indianapolis, 1992, pp. 266-285; OVERALL, C., “Human reproduction: principles, practices, policies”, Toronto, 1993. En una línea similar se sitúa también C. Pateman, que va más allá de la cuestión de la desigualdad de las partes contractuales, puesto que este tipo de contratos lo que suponen es más bien la institucionalización de la subordinación, al regular el acceso de los varones al cuerpo de las mujeres (PATEMAN, C., “El contrato sexual”, Barcelona, 1995, pp. 288 y ss., en lo referente a la gestación subrogada). Existen otras muchas líneas de argumentación desde el feminismo que defiende la ilicitud de esta práctica desde otros puntos de vista (p. e. LINDEMANN, H., “Cutting Motherhood in Two: Some Suspicions Concerning Surrogacy”, *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, (ed. H. Holmes y L. Purdy), Bloomington and Indianapolis, 1992, pp. 257-265; KETCHUM, S., “Selling Babies and Selling Bodies”, *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, (ed. H. Holmes y L. Purdy), Bloomington and Indianapolis, 1992, pp. 284-295.); destaca entre estas la perspectiva del feminismo llamado radical (COREA, G., “The mother machine. Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs”, New York, 1996).

³² Una destacada reflexión que contrapone ambos puntos de vista para intentar establecer puntos de partida para una regulación jurídica respetuosa de la autonomía de las mujeres en PITCH, T., “Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”, Madrid, 2003, pp. 25-73.

³³ IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de*

De ahí que, despejado el campo de razones poco atendibles frente a la gestación por sustitución, hayan ido ganando terreno propuestas que favorecerían la aceptabilidad y necesaria regulación jurídica de la gestación por sustitución en ciertos supuestos, tales como la gestación por sustitución altruista, por ejemplo, la realizada entre familiares³⁴. Este tipo de propuestas, supondrían una respuesta a las objeciones más poderosas que se han manejado frente a la gestación por sustitución, como es la mercantilización y la explotación. Así las cosas, mercantilización y explotación serían objeciones no frente a toda gestación por sustitución, sino únicamente frente a las que tuvieran carácter comercial. Corresponde examinar ahora estas dos objeciones.

4.1 El mercado de los cuerpos

El punto de partida es que las técnicas de reproducción asistida –al igual que algunos otros avances en el ámbito de las ciencias de la vida y la medicina– han podido generar o son susceptibles de generar nuevos mercados vinculados al cuerpo humano o a sus partes³⁵. Además de los aspectos puramente éticos y económicos, esta cuestión tiene una significativa importancia simbólica. El derecho ha tratado de regular el estatus jurídico en relación con el aspecto económico de partes o funciones del cuerpo. Pero lo significativo es que estos materiales se puedan constituir en bienes valiosos, pues como sugiere M. A. Hermitte en un caso análogo “aquello que es susceptible de crear un mercado deviene finalmente apropiable”³⁶. Con ello estaríamos en un proceso de

Filosofía, Derecho y Política, núm. 21, 2015, p. 12.

³⁴ IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm 21, 2015, pp. 3-19; PUIGPELAT, F., “La maternidad por sustitución: ¿una vía para extender los derechos reproductivos de las mujeres?”, *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Barcelona, 2010, pp. 56-71; ALKORTA IDIAKEZ, I., “La regulación jurídica de la maternidad subrogada”, *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Barcelona, 2010, pp. 73-80. También había sugerido esta posibilidad ROMEO CASABONA, C., “El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana”, Madrid, 1994, p. 220.

³⁵ RADIN, M. J., “Contested Commodities: The Trouble With Trade in Sex, Body Parts, and Other Things”, Cambridge, 1996.

³⁶ HERMITTE, M. A., “Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché”, *L’Homme, la nature et le droit* (ed. B. Edelman y M. A. Hermitte), París, 1988, p. 86.

apropiación y tráfico que se ha llegado a denominar la *mercancía final*: el cuerpo humano, sus funciones y sus partes³⁷.

El derecho en muchas ocasiones se ha limitado a facilitar los tráficos mercantiles derivados de estas prácticas. Pero no es menos cierto que el derecho ha sido utilizado con cierto éxito como un instrumento de políticas de *desmercantilización*³⁸, en este o en otros ámbitos. Desde un punto de vista moral y político creo que resulta imperativo defender que determinados aspectos de la vida social no se organicen en torno a relaciones de mercado³⁹. Probablemente sea imposible una sociedad en la que el mercado no solo fuera la forma de distribución dominante, sino también la exclusiva. Pero aun en el caso de que fuera posible, de lo que no cabe duda es que sería totalmente indeseable.

Tanto para gestación por sustitución comercial, como para el caso de los gametos humanos y en especial de los óvulos hay toda una tradición (sobre todo en el ámbito anglosajón) que defiende la conveniencia de su mercantilización⁴⁰, o al menos la ausencia de objeciones morales significativas a esta opción⁴¹. Buena parte de la la cuestión se centra en el

³⁷ BERLINGUER, G., y GARRAFA, V., *La merce finale. Saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, Milano, 1996.

³⁸ El concepto de “desmercantilización” es introducido por POLANYI, K., “La gran transformación. Crítica del liberalismo económico” [1944], Madrid, 1989, pp. 389 y ss. Para la estrategia de desmercantilización como uno de los elementos distintivos de las políticas públicas del Estado del bienestar véase ESPING-ANDERSEN, G., “Los tres mundos del estado del bienestar”, Valencia, 1993, pp. 41-42 y 57-80; y OFFE, C., “Contradicciones en el Estado del Bienestar”, Madrid, 1988, y en especial la introducción de J. KEANE, pp. 19-24.

³⁹ En el ámbito de la filosofía política ha habido un creciente interés por este asunto. Con carácter general cfr. ARNSPERGER, C., “Crítica de la existencia capitalista”, Buenos Aires, 2008. Centrándose en aspectos más concretos relativos a los límites éticos del mercado hay valiosas aportaciones actuales al debate: además del citado RADIN, M. J., “Market-inalienability”, *Harvard Law Review*, 100-8, 1995, pp. 1849-1937. ANDERSON, E., “Value in Ethics and Economics”, Cambridge-London, 1993 (esp. pp. 141 y ss.); SATZ, D., “Why some things should not be for sale. The moral limits of markets”, Oxford, 2010, y SANDEL, M., “What money can’t buy. The moral limits of Markets”, New York, 2012.

⁴⁰ Un ejemplo paradigmático es EPSTEIN, R., “Surrogacy: The case for full contractual enforcement”, *Virginia Law Review*, núm. 81, 1995, pp. 2035-2341. Para el mercado de óvulos RESNIK, D. B., “Regulating the Market for Human Egg”, *Bioethics*, vol. 15, núm. 1, 2001, pp. 1-25. Una destacada consideración crítica de estas posiciones en CAMBRÓN, A., “Los óvulos en el mercado y los derechos de género”, *Libro Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, , 2008, pp. 219-264.

⁴¹ MAKLIN, R., “What is Wrong With Commodification?”, *New Ways of Making Babies: The Case of Egg Donation* (ed. Cohen), Bloomington, 1996, pp. 106-121.

argumento de que sería una restricción paternalista injustificada a la autonomía de los vendedores autónomos y libres, sea de gametos, sea de subrogación. Sin embargo la cuestión está lejos de estar cerrada siguiendo este razonamiento. En un trabajo centrado en la venta de riñones, pero sobre una base de discusión relativamente similar, E. Malmqvist ha mostrado cómo las prohibiciones generales no tienen por qué ser injustificablemente paternalistas, pues no se trata de restringir la autonomía de determinados individuos por su propio bien, sino probablemente de consecuencias inevitables de la protección de individuos no autónomos frente a daños que no han elegido⁴².

Aplicado a la gestación por sustitución (comercial), la objeción de la *mercantilización* ha sido manejada de forma destacada por autoras como E. Anderson, M. J. Radin, C. Overall y C. Pateman, entre otras. Aunque se ha argumentado que la mercantilización afecta tanto a los nacidos como a las capacidades reproductoras de las mujeres, nos vamos a centrar únicamente en esto último. El argumento destaca que la subrogación comercial es negativa porque significa la atribución de valor de mercado a un bien que es inherentemente valioso y por ello reduce al agente humano al valor monetario de sus partes corporales. De acuerdo con Anderson cualquier ideal de vida humana incluye una concepción de cómo las diferentes cosas y personas han de ser valoradas. Las mercancías constituyen aquellas cosas que son tratadas de forma adecuada según las normas del mercado; ahora bien, podemos cuestionar la aplicación de esas normas a determinadas cosas de acuerdo con ideales morales según los cuales esas cosas deberían ser valoradas de otra forma. Para esta autora, la subrogación comercial supone una invasión por parte del mercado de una actividad específicamente femenina como es la de llevar a cabo la gestación. Y lo hace en una forma en la que se viola la consideración y respeto de las mujeres de tres formas: en primer lugar exigiendo que la madre requiera cualquier sentimiento que pueda tener hacia el hijo o hija, haciendo de su trabajo un trabajo alienado; en segundo lugar negando la posibilidad de variar su perspectiva durante su propio embarazo; en tercer lugar sacando ventaja de sus motivaciones no económicas, a las que solo se opone lo que exigen las normas del intercambio comercial, con lo que se deja abierta la posibilidad de la explotación⁴³.

⁴² MALMQVIST, E., "Are Bans on Kidney Sales Unjustifiable Paternalistic?", *Bioethics*, vol. 28, núm. 3, 2014, pp. 110-118.

⁴³ ANDERSON, E., "Is Women's Labor a Commodity?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, núm. 1, p. 81.

Aun así, suponer que la objeción de la mercantilización por sí sola es una razón suficiente para prohibir la subrogación comercial se enfrenta a ciertas dificultades⁴⁴. La dificultad principal de este discurso, con todo, viene de delimitar hasta qué punto otras formas de venta respecto a uno mismo que son socialmente aceptadas resultan tan diferentes. Uno de los casos con los que se ha buscado analogía es el de la prostitución⁴⁵, aunque no parece que este asunto, incluso si se acepta la analogía, sea capaz de arrojar luz sobre el debate. Pero también es posible buscar analogías con la venta del propio trabajo, o de la propia fuerza de trabajo, en la que el empleador tiene reservada legalmente no solo la potestad de dirección, sino la propia potestad disciplinaria respecto al trabajador (si bien en general no con tanta intensidad ni generalidad como en el caso de la gestación). No en vano en este tipo de cuestiones se ha discutido qué es lo que en realidad se está vendiendo: si la capacidad reproductiva, si una parte del cuerpo (o incluso el fruto de la gestación). Por este motivo, y dejando abierta esta cuestión, resulta más promisorio examinar la cuestión a la luz de la objeción de la explotación.

4.2 Explotación

Otra de las objeciones que han experimentado ciertas prácticas, particularmente la gestación por sustitución, es la de la explotación. Como ya se ha dicho, no toda subrogación necesariamente es susceptible de esta objeción, pues por ejemplo las subrogaciones altruistas no comerciales difícilmente pueden considerarse casos de explotación. Esto ha llevado a que en algunas ocasiones se confunda esta objeción con la de la mercantilización, pero en realidad son independientes⁴⁶. La objeción de que los contratos de subrogación suponen o pueden suponer explotación se refiere obviamente a los contratos legales en los que no media coacción directa o violencia. Si este fuera el caso, no habría duda

⁴⁴ Para una crítica de los argumentos de Anderson y de otros argumentos en este sentido véase ARNESON, R., "Commodification and Commercial Surrogacy", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 2, 1992, p. 132-134.

⁴⁵ IGAREDA GONZÁLEZ, N., "La inmutabilidad del principio 'mater semper certa est' y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, 2015, p. 10.

⁴⁶ O al menos no son coextensivas. Algunas autoras que tratan el tema de la gestación por sustitución desde la discusión de la desmercantilización tienden a ver la cuestión de la explotación como una posible consecuencia de la mercantilización y por lo tanto como un argumento contra ella. Destacadamente RADIN, M. J. ("Market-inalienability", cit., p. 1930), e indirectamente en su argumentación ANDERSON, E. ("Is Women's Labor a Commodity?", cit., p. 84).

de que estamos ante casos ya no solo de explotación, sino incluso de conductas todavía más reprochables. Desde algunos puntos de vista se ha sostenido que en general los contratos de subrogación suponen –o al menos no están libres de suponer– una explotación injusta. Para otras perspectivas, tratándose de contratos libres, no cabe en ningún caso pensar en esta objeción. Lo cierto es que un examen de la objeción de explotación exige ir algo más allá de la mera constatación de la libertad contractual de las partes: al fin y al cabo el origen de la reflexión sobre la explotación –en la teoría de Marx– es intentar responder a la pregunta de por qué si en un contexto capitalista todas las personas son formalmente libres puede haber dominación de clase⁴⁷.

Probablemente los casos en los que más se han visto discutidos son los que implican a mujeres de países empobrecidos que actúan como gestantes para personas de países ricos. Si examinamos estos casos podremos ver si, y en qué circunstancias, se pueden producir casos de explotación injusta de las mujeres gestantes. Si ni siquiera en estos casos se pudiese apreciar que exista explotación, entonces tendrían razón quienes consideran que este es un argumento desencaminado. Si se puede apreciar explotación en estos casos, la cuestión queda abierta a precisar en qué condiciones el argumento de la explotación es relevante como razón contra estas prácticas.

La India se ha convertido en los últimos tiempos en un centro de recepción de “turismo reproductivo” para la realización de gestación por sustitución⁴⁸. Acuden por un lado quienes viven en países en los que la práctica está prohibida, pero también quienes no pueden permitirse pagar el precio que en Estados Unidos (otro de los destinos importantes) puede suponer entre 50.000 y 120.0000 dólares. La ciudad de Anand, en el estado de Guajat, es uno de los centros más importantes de esta práctica. Esta actividad ha sido defendida, negando que se produzca una explotación injusta, en base a tres argumentos: la libertad contractual (para ambas partes); que supone un ingreso para las mujeres que difícilmente pueden obtenerlo de otra forma; y, por último, que permite dar hijos a parejas o personas que no los pueden tener de otra forma.

¿Supone este supuesto una forma de explotación injusta que dé al traste con estos argumentos? Si tomamos una definición convencional de

⁴⁷ YOUNG, I. M., “La justicia y la política de la diferencia”, cit., p. 86

⁴⁸ PANITCH, V., “Global surrogacy: exploitation to empowerment”, *Journal of Global Ethics*, 9:3, 2013, pp. 329-343

explotación⁴⁹, parece dudoso. La explotación supondría que una parte saca ventaja de la vulnerabilidad de la otra parte para negarle una parte del beneficio de la actividad común. En este caso no parece que se esté negando el beneficio, pues se está pagando el precio acordado, que en todo caso es significativo para la gestante, dado su contexto social. Si esto es así, sería un caso en el que ambas partes se benefician, por lo que podríamos estar ante lo que S. Wilkinson llama “explotación mutuamente ventajosa”⁵⁰. Y una explotación de este tipo sería en principio válida y aceptable siempre que se respetaran dos tipos de criterios: de justicia y de consentimiento. Por lo que se refiere al principio de justicia, éste se cumple en estos casos si la distribución de cargas y beneficios no es injusta. Por lo que se refiere al principio de consentimiento, este se cumple si se da un consentimiento válido. Por este motivo Wilkinson considera que el argumento de la explotación en los contratos de subrogación no es aceptable.

V. Panitch⁵¹, en cambio ha cuestionado este punto de vista, considerando que en estos casos puede haber motivos para apreciar que sí hay explotación injusta. Y ello sin objetar los criterios de valoración propuestos, es decir, el de justicia y el de consentimiento. Sin embargo, de acuerdo con su análisis en estos casos no se puede fácilmente dar por sentado que, a pesar de las apariencias, se cumpla con los criterios de justicia y de consentimiento de manera aceptable.

Por lo que respecta a la justicia, Panitch propone comparar estos contratos de subrogación con las condiciones de trabajo que aplican empresas de países desarrollados en el tercer mundo. En estos casos solemos considerar y denunciar que en muchas ocasiones se producen situaciones de explotación. Y sin embargo no es que no les paguen, o que incluso no les paguen bien para lo que es el entorno en el que viven, lo que hace que en muchas ocasiones –si bien no siempre– las trabajadoras y trabajadores opten por esta posibilidad como mejor que otras alternativas o ante la

⁴⁹ La propia noción de “explotación” es controvertida y ha sido objeto de tratamientos sistemáticos de los que no es posible ocuparse aquí, por lo que adoptamos una versión estándar y poco exigente del concepto, siendo conscientes de su limitación (véase p. e. ROEMER, J., “Teoría general de la explotación y de las clases”, Madrid, 1989; WERTHEIMER, A., “Exploitation”, Princeton, 1996; SAMPLE, R. J., “Exploitation. What it is and why it’s wrong?”, Oxford, 2003).

⁵⁰ WILKINSON, S., “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy.” *Bioethics*, núm. 17, 2003, pp. 169–197. Sigue en este concepto a A. Wertheimer.

⁵¹ PANITCH, V., “Global surrogacy: exploitation to empowerment”, *Journal of Global Ethics*, 9:3, 2013, pp. 329–343.

ausencia de alternativas. Y sin embargo seguimos considerando que es explotación, porque los trabajadores de los países en desarrollo tienen muchos menos beneficios que los análogos en el primer mundo, cuando tienen las mismas cargas. Si esto es así, y sin llevar más lejos la analogía, lo que quiere decir es que, a la hora de evaluar la justicia de un contrato, no hay que mirar solo dentro del marco del contrato. Es decir, el contexto de comparación para ver si hay equilibrio no solo es entre las partes, sino también en contratos similares.

Panitch propone comparar los contratos de subrogación de la India con los que ocurren en los Estados Unidos. En los Estados Unidos, distintos estudios muestran que en general las madres subrogadas suelen tener estudios secundarios o incluso universitarios. Parece que optan por esta actividad no por ausencia completa de otras opciones similares, sino porque al margen de poder ayudar a otros, les permite dedicarse a otras cosas, incluyendo el cuidado de sus propios hijos. Cuentan con protección legal y obtienen entre 25.000 y 40.000 dólares. Por el contrario, en la India todas esas circunstancias son diferentes: se trata de mujeres poco educadas o analfabetas, ya madres de dos o más hijos y que obtienen entre 1.500 y 5.000 dólares. Son pobres y no pueden optar a otros trabajos, no tienen asistencia legal y la decisión es puramente económica.

Si tomamos esto en consideración, es evidente que las condiciones en la India son mucho peores. Comparativamente, tiene sentido decir que la situación en la India es de injusticia con respecto a estos contratos. Ello no implica decir que en los Estados Unidos no haya objeción en este sentido, es decir, la comparación no muestra que allí los contratos sean necesariamente justos: la discusión quedaría abierta a discutir qué criterios de valoración serían los adecuados para esas circunstancias. Pero en cambio, el criterio comparativo sí que permite decir que son injustos en la India.

Por lo que respecta al consentimiento, en apariencia es un consentimiento válido en la medida en que no hay coacción. Ahora bien, se podría considerar que la incapacidad de pedir mejores condiciones equivale moralmente a la incapacidad de rechazar. Y el poder de negociación puede ser extremadamente bajo en las circunstancias de la India. Varias son las circunstancias que limitan ese poder de negociación, pero no son menores la propia fungibilidad de las mujeres gestantes, su falta de alternativas o la urgencia de las necesidades propias o familiares. Ante estas circunstancias, hay dudas muy serias sobre el requisito del consentimiento. Entiéndase bien, no significa que esas circunstancias hagan el consentimiento inválido en el sentido de que las haga incapaces

de prestar consentimiento. Pero lo que sí hace es convertir el consentimiento en moralmente dudoso en términos de explotación. Hay que notar que, a estos efectos, resulta indiferente que esas circunstancias no hayan sido creadas por la otra parte del contrato. El que no sean “culpables” de esa situación no impide que objetivamente no obtengan ventajas de ello, tanto en lo que respecta al precio como en lo que respecta a otras condiciones contractuales.

Si podemos encontrar que hay problemas tanto con el requisito de la justicia como con el requisito de consentimiento, cabe pensar que sí estamos ante un supuesto de explotación injusta, incluso si aceptásemos que se trata de un caso de “explotación mutua”. Cabe mencionar, al hilo de ello, que esta conclusión no presupone ninguna solución política o jurídica concreta, como pueda ser la prohibición de estas prácticas. Este tipo de supuestos presentan un problema que se extiende a muchos otros casos en los que está en juego un nuevo campo de mercantilización: como ha observado Maklin, las mayores posibilidades de explotación y opresión de mujeres en situación vulnerable han de ser contrapesadas con posibles pasos positivos para su liberación a través de una significativa ganancia económica que le supone esa actividad⁵². Significativamente Panitch ha destacado que en estos supuestos tendemos a invertir el punto de vista al considerar que la explotación constituye una violación de derechos humanos que ha de ser evitada. Pero no es que la explotación constituya una violación de los derechos humanos (como por ejemplo la libertad reproductiva), sino que la explotación es posible por la previa situación de violación de los derechos humanos. Hay una violación previa de los derechos básicos que permite que se den las peores situaciones de explotación. Tratándose de una violación que, al menos desde el punto de vista de la omisión, es atribuible al Estado, que el Estado todo lo que hiciera sería prohibir esta opción supone únicamente atacar los síntomas sin ofrecer alternativas⁵³.

5. CONCLUSIÓN

Por las razones apuntadas, la gestación por sustitución representa un supuesto excepcional para examinar las posibilidades de las prácticas de reproducción asistida respecto al incremento de opresión o emancipación de las mujeres. Si bien no toda forma de gestación por sustitución ha de

⁵² MAKLIN, R., “Market-inalienability”, cit., p. 1930.

⁵³ PANITCH, V., “Global surrogacy: exploitation to empowerment”, *Journal of Global Ethics*, 9:3, 2013, pp. 336.

suponer la mercantilización inaceptable o la explotación de algunas mujeres implicadas, no se puede negar que algunas de esas prácticas sí que lo hacen, de una forma que no han de ser aceptables. Pero en el otro sentido, es posible imaginar formas en las cuales estas prácticas lejos de ser opresoras puedan contribuir a que las mujeres implicadas exploren formas de tomar el control sobre sí mismas y hasta subvertir normas e instituciones tradicionalmente vinculadas a su opresión.

Algo similar se puede decir de la utilización de la reproducción asistida por mujeres sin pareja masculina. Este supuesto, recibido con un rechazo generalizado por más que suponga una evidente posibilidad abierta por las técnicas de reproducción asistida, muestra cómo las opciones legales e institucionales que se toman en algunos casos sí son susceptibles de suponer opciones que no vulneren o incluso aumenten la autonomía de las mujeres⁵⁴. Como ha observado Parks “los contextos políticos, jurídicos y sociales condicionan las vidas reproductivas de las mujeres, pero las decisiones y acciones de las mujeres también tienen impacto en ese contexto. Las mujeres no solo son *afectadas* por esas condiciones, sino que también pueden *afectarlas*”⁵⁵.

Al margen de lo positivo que las técnicas de reproducción asistida han aportado para satisfacer la posibilidad de tener hijos e hijas, abriendo nuevas posibilidades a quienes tenían dificultades por razones *biológicas* o *sociales*, su potencial para contribuir a la opresión o a la liberación de las mujeres no es independiente de contextos más globales en el que se realicen las prácticas. Por ello, en un sentido o en otro, las posibilidades de contribuir a ello son limitadas si consideramos las prácticas por sí mismas y sin otras consideraciones. Pero no creo que se pueda decir que tales prácticas sean completamente neutras o que no quiera considerar alternativas institucionales en las que la autonomía de las mujeres no se vea atacada.

⁵⁴ T. Pitch llega a considerar que “El acceso de mujeres solteras, fértiles o no, a la procreación asistida, no solo no debe estar prohibido, sino que debería servir como estándar para la configuración jurídica de las relaciones que se derivan de tal procreación” (PITCH, T., “Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”, Madrid, 2003, pp. 69-70).

⁵⁵ PARKS, J., “Rethinking Radical Politics in the context of Assisted Reproductive Technologies”, *Bioethics*, 27-1, 2009, p. 27.

BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIÁKEZ, I., “La regulación jurídica de la maternidad subrogada”, *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Barcelona, 2010.
- ANDERSON, E., “Is Women’s Labor a Commodity?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, núm. 1, pp. 71-92.
- ANDERSON, E., “Value in Ethics and Economics”, Cambridge-London, 1993.
- ARNESON, R., “Commodification and Commercial Surrogacy”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 2, 1992, pp. 132-134.
- ARNSPERGER, C., “Crítica de la existencia capitalista”, Buenos Aires, 2008.
- BERLINGUER, G. y GARRAFA, V., “La merce finale. Saggio sulla compravendita di parti del corpo umano”, Milano, 1996.
- BOURDIEU, P., “La dominación masculina”, Barcelona, 2000.
- CAMBRÓN, A., “Los óvulos en el mercado y los derechos de género”, *Libro Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, 2008, pp. 219-264.
- CHADWICK, R. F., “Having Children”, *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, New York, 1987.
- CHARLESWORTH, M., “La bioética en una sociedad liberal”, Cambridge, 1996.
- COREA, G., “The mother machine. Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs”, New York, 1996.
- COREA, G., “The reproductive brothel”, *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, 1987, pp. 38-52.
- COSTA-LASCOUX, J., “Mujer, procreación y bioética”, *Historia de las mujeres*. (Dir. G. Duby y M. Perrot), Madrid, 2000.
- DUDEN, B., “Il corpo della donna come luogo pubblico”, Torino, 1994.
- EPSTEIN, R., “Surrogacy: The case for full contractual enforcement”, *Virginia Law Review*, núm. 81, 1995, pp. 2035-2341.

ESPING-ANDERSEN, G., "Los tres mundos del estado del bienestar", Valencia, 1993.

FEDERICI, S., "Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria", Madrid, 2004.

FIRESTONE, S., "The dialectic of sex", New York, 1970.

GAILL, F., "Vous avez dit 'bébé éprouvette'?" *La revue d'en face*. núm. 13, Hiver, 1983, pp. 5-17.

HALMER, J., "Reproductive Technology: The future for women?", *Machina ex Dea: Feminist Perspectives on Technology*, (ed. J. Rothschild), New York, 1983, pp. 183-197.

HALMER, J., "Transforming consciousness: women and the new reproductive technologies", *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, 1987, pp. 89-109.

HERMITTE, M. A., "Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché", *L'Homme, la nature et le droit* (ed. B. Edelman y M. A. Hermitte), París, 1988, p. 86.

IGAREDA, N., "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pp. 252-270

IGAREDA GONZÁLEZ, N., "La inmutabilidad del principio 'mater semper certa est' y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 21, 2015, pp. 3-19.

JAQUITH, C., "Surrogate motherhood, women's rights & the working class", New York, 1988.

KETCHUM, S., "Selling Babies and Selling Bodies", *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, (ed. H. Holmes y L. Purdy), Bloomington and Indianapolis, 1992, pp. 284-295.

LAURITZEN, P., "What Price for Parenthood?", *Hastings Center Report*, vol. 20, núm. 2, 1990, pp. 38-46.

LEFAUCHEUR, N., "Maternidad, Familia, Estado", *Historia de las mujeres*. (Dir. G. Duby y M. Perrot), Madrid, Taurus, 2000, pp. 490-491.

LEMA AÑÓN, C., "Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida", Madrid, 1999.

LEWONTIN, R. C., ROSE, S., KAMIN, L., "No está en los genes. Crítica del racismo biológico", Barcelona, 1996.

LINDEMANN, H., "Cutting Motherhood in Two: Some Suspicions Concerning Surrogacy", *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, (ed. H. Holmes y L. Purdy), Bloomington and Indianapolis, 1992, pp. 257-265.

MAKLIN, R., "What is Wrong With Commodification?", *New Ways of Making Babies: The Case of Egg Donation*, (ed. Cohen), Bloomington, 1996, pp. 106-121.

MALMQVIST, E., "Are Bans on Kidney Sales Unjustifiable Paternalistic?", *Bioethics*, vol. 28, núm. 3, 2014, pp. 110-118.

MIES, M., "Nuevas tecnologías de reproducción: sus implicaciones sexistas y racistas", en *La praxis del ecofeminismo*, Barcelona, 1998, pp. 56-57.

OFFE, C., "Contradicciones en el Estado del Bienestar", Madrid, 1988.

OLIVIER, K., "Marxism and Surrogacy", *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, (ed. H. Holmes y L. Purdy), Bloomington and Indianapolis, 1992, pp. 266-285.

OVERALL, C., "Human reproduction: principles, practices, policies", Toronto, 1993.

PANITCH, V., "Global surrogacy: exploitation to empowerment", *Journal of Global Ethics*, 9:3, 2013, pp. 329-343.

PARKS, J., "Rethinking Radical Politics in the context of Assisted Reproductive Technologies", *Bioethics*, 27-1, 2009, pp. 20-27

PATEMAN, C., "El contrato sexual", Barcelona, 1995.

PITCH, T., "Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad", Madrid, 2003.

POLANYI, K., "La gran transformación. Crítica del liberalismo económico" [1944], Madrid, 1989.

PUIGPELAT, F., "La maternidad por sustitución: ¿una vía para extender los derechos reproductivos de las mujeres?", *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Barcelona, 2010, pp. 56-71.

PURDY, L., "Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics", Ithaca and London, 1996.

RADIN, M. J., "Contested Commodities: The Trouble With Tradein Sex, Body Parts, and Other Things", Cambridge, 1996.

RADIN, M. J., "Market-inalienability", *Harvard Law Revies*, 100-8, 1995, pp. 1849-1937.

RAYMOND, J., "Preface" *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, 1987.

RESNIK, D. B., "Regulating the Market for Human Egg", *Bioethics*, vol. 15, núm. 1, 2001, pp 1-25.

ROEMER, J., "Teoría general de la explotación y de las clases", Madrid, 1989.

ROMEO CASABONA, C., "El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana", Madrid, 1994.

SACRISTÁN, M., "Pacifismo, ecología y política alternativa", Barcelona, 1987.

SAMPLE, R. J., "Exploitation. What it is and why it's wrong?", Oxford, 2003.

SANDEL, M., "What money can't buy. The moral limits of Markets", New York, 2012.

SANMARTÍN, J., "Los nuevos redentores. Reflexiones sobre la ingeniería genética, la sociobiología y el mundo feliz que nos prometen", Barcelona, 1992.

SANTOS, B. S., "Introdução a uma ciência pós-moderna", Porto, 1992.

SANTOS, B. S., "Towards a new common sense", New York, 1995.

SATZ, D., "Why some things should not be for sale. The moral limits of markets", Oxford, 2010.

SHALEV, C., "Birth Power. The case of surrogacy", New Haven, 1989.

TABOADA, L., "La maternidad tecnológica de la inseminación artificial a la fertilización *in vitro*" Barcelona, 1986.

TUBERT, S., "Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología", Madrid, 1991.

VIOLANTE, L., "Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana", *Bioetica*, Roma-Bari, 1989, pp. 264-265.

WARREN, M. A., "IVF and women's interests: an analysis of feminist concerns" *Bioethics*, vol. 2, núm. 1, 1988, pp. 37-57.

WERTHEIMER, A., "Exploitation", Princeton, 1996.

WILKINSON, S., "The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy." *Bioethics*, núm. 17, 2003, pp. 169-197.

YOUNG, I. M., "La justicia y la política de la diferencia", Madrid, 2000.

¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?

JOSÉ JESÚS LÓPEZ GÁLVEZ

Director de la Unidad de Reproducción Clínica Vistahermosa de Alicante

JUAN MANUEL MORENO GARCÍA

*Director del Laboratorio de Embriología,
Unidad de Reproducción Clínica Vistahermosa de Alicante*

Resumen

En la actualidad, la frecuencia de infertilidad se sitúa entre el 15% y 20% de las parejas en edad reproductiva, por lo que el impacto a nivel mundial es más de 70 millones de parejas con este problema. España, referente mundial en calidad asistencial sanitaria, es el destino elegido por gran parte de los pacientes extranjeros que buscan en nuestros tratamientos, legislación, profesionalidad, experiencia, tecnología e investigación, las máximas garantías de éxito en la búsqueda de un hijo sano.

Abstract

Nowadays, the frequency of infertility in couples at reproductive age is about 15-20%, that's why around the world, his problem reaches more than 70 million at couples. Spain which is reference welfare quality health worldwide is the destination for much of foreign patients which are looking for our treatments, laws, professionals, experience, technology and research, because we have the maximum success guarantees in the pursuit of a healthy child.

Palabras clave

Turismo reproductivo, infertilidad, técnicas de reproducción asistida.

Key words

Reproductive tourism, infertility, assisted reproduction techniques.

Sumario

1. Problemática actual
2. Técnicas de Reproducción Asistida (TRAs)
3. Evolución histórica
4. Turismo de salud
5. Turismo reproductivo en España
6. Conclusiones
7. Gráficas
8. Bibliografía

1. PROBLEMÁTICA ACTUAL

Para entender este trabajo, sobre todo para aquellas personas que no estén relacionadas con el mundo sanitario o con los problemas derivados de la esterilidad, es necesario saber cómo define la OMS la infertilidad. Se trata de una enfermedad del sistema reproductivo que se caracteriza por la no consecución de un embarazo clínico tras veinticuatro meses manteniendo relaciones sexuales de manera habitual sin anticoncepción (Zegers-Hochschild F, Hum Reprod 2009). Según la Sociedad Europea de Fertilidad (ESHRE), en 1996, la condiciona a un tiempo menor considerándola como la incapacidad de conseguir un embarazo tras doce meses de exposición irregular al coito sin protección.

Si nos fijamos en lo expuesto vemos que son fundamentales dos hechos. Por un lado, la consideración de enfermedad, que hace que cualquier persona tenga derecho a tratar este problema y, por otro, el condicionamiento del tiempo, que quizás en los últimos trabajos publicados, podemos reducirlo a seis meses cuando la pareja tenga una edad elevada y no tenga una patología médica asociada.

Para que nos demos cuenta de la importancia que tiene la infertilidad en la sociedad debemos saber que la frecuencia de esta enfermedad en la actualidad se sitúa entre el 15% y 20% de las parejas en edad reproductiva, por lo que el impacto a nivel mundial es más de 70 millones de parejas con este problema con un 20% de los casos diagnosticados aún sin resolver (Boivin J, Hum Reprod 2007). En un estudio relativamente reciente se mostraba como el 60% de las parejas tratadas conseguían concebir en un plazo de cinco años frente al 6,6% que lo alcanzaban sin ayuda médica (Pinbourg A, Hum Reprod 2009). Sin embargo, curiosamente, la mayoría de las parejas infériles siguen sin tratamiento; solo el 56% busca ayuda aunque solo el 22% llega a tener asistencia médica (Hoorens S, Hum Reprod 2007). Estas variaciones en los datos son debidas a que el acceso a los tratamientos está condicionado por la calidad de la asistencia sanitaria, economía, política, legislación, religión, costumbres y medios de vida de cada país: por ejemplo, dos pacientes por millón de habitantes en Guatemala, 3.688 pacientes por millón de habitantes en Israel... (Zegers-Hochschild F, Hum Reprod 2009).

Con respecto a la edad, hay que destacar que es fundamental en reproducción al estar íntimamente relacionada con la calidad de los gametos. Por poner un ejemplo, entre los 30 y los 35 años las probabilidades de concebir disminuyen un 9% mientras que entre los 35 y

los 40 años bajan un 25%. Si recordamos que en el momento del nacimiento la mujer tiene alrededor de 3 o 4 millones de folículos primordiales, que en el momento de la pubertad se reducen a 300.000 o 400.000 y que el gasto mensual para seleccionar un folículo ovulatorio es de aproximadamente 1.000 al mes, contemplamos que alrededor de los 37 años puede quedar una reserva folicular de entre 27.000 y 28.000 folículos. Si a esta pérdida le añadimos el detrimiento en la calidad de los mismos, es de todos conocido el aumento de abortos y malformaciones. Por tanto, los datos son concluyentes a la hora de valorar la edad con la pérdida de fecundidad.

En distintos trabajos realizados en comunidades cerradas como los «Huteritas», en 1930 se vio que la tasa de embarazo disminuía drásticamente a partir de los 35-40 años y en un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística se vio claramente que a la calidad en el semen le ocurre algo similar, viendo como disminuía drásticamente la capacidad fecundante a partir de los 39 años.

Este panorama reproductivo nos produce cierta inquietud debido a que, si nos atenemos a que la esperanza de vida en España va aumentando fundamentalmente, a la mejora de la calidad sociosanitaria que disfrutamos, que el índice de reemplazo en nuestra sociedad se mantiene prácticamente estable desde los años ochenta y que el índice coyuntural de natalidad va bajando en los últimos años, nos podemos encontrar con un grave problema a la hora de tener población activa que trabaje y que pueda mantener el estado del bienestar social.

Si la tasa de natalidad va en descenso (ver gráfica «tasa bruta de la natalidad en España»), si la evolución de la natalidad por la edad es cada vez más alarmante (ver gráfica «evolución de la natalidad por edad») y si tenemos un declive en la búsqueda de embarazo en edades menores de 30 años, con un ligero repunte a partir de los 32-33 años, actualmente, la edad media para tener un primer embarazo (ver gráfica «edad media de la maternidad en España»), con el tiempo, va a generar en España un grave problema social. Pero este problema no solamente ocurrirá en España pues si nos fijamos en la gráfica presentada por la OMS vemos que esta tendencia es un hecho que se presenta en todos los países europeos (ver gráfica «edad media de la maternidad en Europa»).

Ante esta situación surge la necesidad de utilizar las Técnicas de Reproducción Asistida con el ánimo de poder equilibrar esta situación, favoreciendo aquellos casos que por motivos personales, sociales, médicos... retrasen la maternidad. Por tanto, esta disciplina es habitual

actualmente en la sociedad, sobre todo, en aquellos países más desarrollados en los que la mujer adopta un papel importante en la vida laboral al demorar consciente o inconscientemente la gestación.

2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRAs)

A continuación describiremos cada una de las técnicas que se emplean habitualmente en los centros de reproducción asistida.

La **Inseminación artificial (IA)** es una técnica sencilla que a menudo se lleva a cabo cuando la calidad del semen está afectada. Consiste en introducir en el interior del útero los espermatozoides, previamente seleccionados en el laboratorio, en el momento de mayor probabilidad de que la mujer quede embarazada. La IA puede ser conyugal (IAC), si los espermatozoides proceden de su pareja, o de donante (IAD), en casos de mujer sola o con pareja pero con problemas masculinos que así lo determinen. Todos los donantes de semen son mayores de edad, asumen el anonimato y están permanentemente estudiados para descartar problemas congénitos o malformaciones y enfermedades de transmisión sexual. El semen de donante se selecciona en función del grupo sanguíneo y las características físicas de la pareja que lo solicita.

La **Fecundación *in vitro* (FIV)** es probablemente la más común de las técnicas de reproducción asistida. Con objeto de que tenga lugar el embarazo, el ovario debe producir un óvulo maduro y unirse con el espermatozoide. Esta unión, llamada fecundación, habitualmente tiene lugar dentro de las trompas de Falopio. Sin embargo, durante el proceso de FIV, esta unión ocurre en el laboratorio después de haber obtenido tantos óvulos como el ovario haya sido capaz de desarrollar. Una vez realizada la fecundación, los embriones obtenidos se depositan en el útero para que continúen su desarrollo.

La **Microinyección espermática (ICSI)** es una variante de la FIV que consiste básicamente en la inyección directa de un solo espermatozoide en el interior del óvulo. Es la técnica más exitosa en este momento y ha supuesto la solución a muchos casos de esterilidad masculina que no tenían solución ni con la FIV.

Habitualmente, con estas dos técnicas, se obtienen más embriones de los necesarios, por lo que los sobrantes son congelados para permitir realizar en el futuro nuevos intentos. Se benefician de la **Congelación de embriones** tanto las parejas que no han conseguido el embarazo en el

primer intento, como aquellas que lo consiguieron y luego desean probar una segunda gestación.

Existe un cierto grupo de mujeres que presentan algún problema que impide la producción regular de óvulos y por tanto dificulta su reproducción. Para ellas, la única posibilidad de conseguir un embarazo es por medio de la **Donación de óvulos** de otra mujer. Dichos óvulos se inseminan *in vitro* y los embriones obtenidos se depositan en el útero de la receptora. Puede ser donante cualquier mujer sana, menor de 35 años, con ovarios normales y que cumpla unos requisitos médico-sanitarios mínimos. Además, la donación de óvulos también es anónima, por consiguiente la donante y la receptora no se conocen mutuamente.

Cuando los dos miembros de la pareja están afectados por un problema de absoluta esterilidad, se puede recurrir a la **Donación de embriones**. Generalmente, estos embriones proceden de parejas de FIV o ICSI que consiguieron el embarazo y, al disponer de embriones sobrantes, autorizan su donación a otras pacientes o incluso generarse a partir de óvulos y semen donados.

Y por último, el **Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)** que es la técnica de reproducción asistida más novedosa actualmente. En realidad, no es una técnica inicialmente dirigida a parejas infériles, sino a aquellas que poseen un riesgo elevado de transmitir a su descendencia una determinada enfermedad, aunque también se utiliza en casos de abortos de repetición. El proceso consiste en realizar previamente una ICSI y, posteriormente, analizar una de las células de cada uno de los embriones obtenidos. Este estudio permite saber qué embriones llevan la anomalía en cuestión, y se utilizarán solo aquellos que no la lleven.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Referiremos a continuación la rápida evolución en el tiempo de estas técnicas, su aceptación por la sociedad, debida fundamentalmente a la necesidad de las mismas, y su desarrollo en cada país teniendo en cuenta la ética médica y la legislación vigente.

En 1978 se produce un hito en la historia de la reproducción al nacer en Reino Unido Louise Brown, el primer niño probeta de la humanidad. Posteriormente, en 1984 lo conseguimos en España con el equipo médico del Doctor Barri, del Instituto Dexeus de Barcelona.

Si nos fijamos en la gráfica «datos relevantes» vemos la evolución en el tiempo de distintas técnicas que hace que en el 2012 se alcance la cifra de 4 millones de niños nacidos tras una FIV.

En la gráfica «evolución resultados/procedimientos» vemos cómo van evolucionando en España las TRAs a medida que se van incorporando en el tiempo: el nacimiento de la FIV en 1978, la aparición de la ovidonación en 1985, la técnica del ICSI en 1990 y la aparición con fuerza de la congelación de gametos mediante la vitrificación a partir del 2010.

El desarrollo de las TRAs está íntimamente relacionado con los cambios en la sociedad, sobre todo por la incorporación de la mujer al ámbito laboral, las uniones tardías de las parejas, la competitividad laboral, la aparición de familias monoparentales, parejas homosexuales, segundos matrimonios o parejas... Así mismo, la sensibilización que se hace a la población de los éxitos en las TRAs hace que las parejas retrasen la búsqueda de embarazo pensando que se van a quedar embarazadas fácilmente, y las conciben como una solución que supera todos los límites para la procreación.

En resumen, podemos asegurar que existe una gran demanda de las TRAs como solución a un problema social que irá en aumento, pues la infertilidad está presente actualmente en aproximadamente un 15% de las parejas en edad reproductiva y en estos momentos solo el 2,9% nacen a través de ellas.

4. TURISMO DE SALUD

Actualmente las TRAs se ven inmersas en un proceso de globalización debido a que los canales de comunicación actuales dan información de los éxitos de estas técnicas y los lugares donde se realizan; si esto lo unimos a la facilidad y rapidez en los desplazamientos hace que las pacientes que necesiten estos tratamientos puedan moverse por todo el mundo, buscando la solución a sus problemas, naciendo un término nuevo denominado turismo reproductivo.

Walter Hunziker-Kurt Krapf define el turismo como un conjunto de relaciones y fenómenos producidos por el desplazamiento y permanencia de personas fuera de su domicilio, en tanto que dichos desplazamientos y permanencias no están motivados por una actividad lucrativa. En cuanto la OMS lo define como viajes y estancias que realizan personas en lugares

distintos a su entorno habitual por un periodo superior a un día e inferior a un año por ocio, negocio u otros motivos.

Haciendo una breve incursión en la historia, ya encontramos documentos de la edad antigua que hacen referencia a desplazamientos de la población buscando ocio, tiempo libre, cultura, diversión, religión y deporte. Sin embargo, durante la edad media hay un retroceso, debido a la mayor conflictividad social y a la recesión económica, pero surge un tipo de viaje nuevo, las peregrinaciones religiosas. A finales del siglo XVI aparece la costumbre de mandar a los jóvenes aristócratas a viajar por Europa al finalizar sus estudios «el grand tour» con el fin de completar su formación y adquirir experiencias. De ahí proceden las palabras «turismo» y «turista». Se ponen de moda las termas y baños no solo como remedio terapéutico sino también como una forma de diversión y entretenimiento. En el siglo XIX, como consecuencia de la revolución industrial y el estado del bienestar, comienzan los desplazamientos de la población con la intención de encontrar ocio, descanso, cultura, salud, negocios y relaciones familiares; surge el turismo de salud con la aparición en Europa de sanatorios y clínicas especializadas en el bienestar y la salud (por ejemplo en Alicante fue la Casa de Reposo y Salud Nuestra Señora del Perpetuo Socorro hoy en día reconvertido en un hospital).

El concepto del turismo de salud va surgiendo en la sociedad poco a poco y podíamos definirlo como el hecho de viajar a una ciudad o país para recibir algún tipo de atención médica (tratamiento de cirugía, rehabilitación...) o de bienestar, como procedimientos estéticos, odontológicos, hidroterapia... El término turismo médico sin embargo no incluiría estos últimos procedimientos. Por lo que el turismo médico sería el proceso que permite a una persona tomar la decisión de viajar a un destino diferente al lugar de residencia para obtener servicios relacionados con la salud.

Estos hechos no son nuevos en la sociedad; ya en la época de los griegos se viajaba a Epidauria, en el golfo Sarónico, con el fin de recibir atención médica en el Santuario de Asclepio. En 1248, en El Cairo, se inaugura el Hospital de Mansuri, desplazándose gran cantidad de personas hasta allí para recibir atención médica.

Actualmente, países como Méjico, Tailandia, Singapur, Ecuador, Emiratos Árabes, Argentina, Canadá, Costa Rica, Turquía, Colombia, son países que reciben millones de personas cada año siendo sobre todo Colombia el país de Latinoamérica con mayor potencial de crecimiento en el sector, considerándolo como joya oculta del turismo de salud.

El turismo de salud en estos momentos mueve en el mundo alrededor de 128.000 millones de dólares (ver gráfica «volumen de mercado mundial») procedentes de los más de 9.000.000 de usuarios europeos (datos de Turespaña) y podría incrementarse en un 90% hasta 2020. De hecho, según los datos aportados por la *Medical Tourism Association*, se podrían conseguir unos ingresos potenciales de 26.900 millones de USD.

Esta tendencia alcista, a pesar de la crisis, vendría potenciada por la creciente presión sobre los presupuestos destinados a la salud por los distintos países, por el envejecimiento de la población, por las largas listas de espera, por la búsqueda de un ahorro en las cirugías, por el aumento del nivel de vida en la población, por la oferta de los seguros médicos con primas más económicas a cambio de aceptar viajar a otros países para algunos tratamientos (ejemplo UK) y el hecho de que la nueva directiva europea sobre asistencia sanitaria transfronteriza probablemente facilite los desplazamientos de los futuros pacientes.

El perfil del turista de salud tiene una serie de características que hacen que el país receptor del mismo se pueda beneficiar. Suelen ser de un poder adquisitivo medio-alto, de un perfil senior, con una media de gasto diario tres veces superior al turista tradicional, en un 83% suele viajar acompañado y en un 90% realiza actividades complementarias, se suele alojar una media de dos semanas más que el turista vacacional. Todo esto hace que se produzca una industria que vuela alrededor de la salud.

El turista de salud lo que busca es una calidad asistencial basada en una mejor tecnología médica, una accesibilidad y disponibilidad evitando listas de espera, una buena relación coste-calidad y, en algunos casos, sortear los aspectos legislativos propios de cada país como es el caso de los tratamientos de reproducción.

Entre los países que ofertan turismo de salud está España con una presencia aún escasa pero con buenas perspectivas debido a la calidad asistencial médica, sus buenas comunicaciones y ser país destino vacacional (ver gráfica «países que ofertan turismo de salud»).

Con ánimo de describir lo que está ocurriendo actualmente, podríamos referirnos a Oriente Medio que busca sus destinos de salud en Alemania, USA, Singapur, India, Jordania, debido al alto poder adquisitivo y tecnología avanzada; Rusia busca destinos de salud en Israel, Alemania, Turquía, Singapur, Suiza, Francia y países de la Europa oriental para encontrar una mejor tecnología y un mejor conocimiento del idioma, siendo personas con un alto poder adquisitivo; Canadá y Europa buscan

destinos de salud en Alemania, Bélgica, Francia, India, Singapur y España con ánimo de evitar listas de espera, mejores costes y problemas legislativos; y en cuanto a Norteamérica mayoritariamente su destino de salud está en América latina (Méjico, Costa Rica), Tailandia e India buscando mejores costes y reducción de listas de espera.

Las especialidades más demandadas en el turismo de salud se centran en la cirugía estética, problemas dentales, cardiología-cirugía cardiaca, traumatología, cirugía bariátrica, trasplantes, cirugía ocular, chequeos... y adquiere también especial relevancia las técnicas de reproducción asistida.

Según la OMS, España ocupa el 7.º lugar en el ránking de la mejor sanidad en cuanto a proximidad a los centros, los tratamientos y la confianza en el personal (ver gráfica ¿Por qué España?). Para la revista Newsweek tenemos el 3.º mejor sistema sanitario del mundo. Es más, los españoles se encuentran entre los más saludables del mundo siendo los sextos en esperanza de vida con 85,4 años para las mujeres y 79,3 años para los hombres.

Los pacientes extranjeros se pueden ahorrar entre un 30-70% en el coste de los tratamientos. Los postoperatorios se realizan en un entorno excelente siguiendo dieta mediterránea, una alta calidad de vida y un clima cálido. Así mismo se presenta una gran oferta turística; según la OMT fue el 4.º país más visitados del mundo con 57 millones de turistas por lo que puede ser considerado un punto de destino atractivo para el turismo de salud. En el 2012 llegaron a España alrededor de 21.868 turistas de salud gastándose unos 12 millones de euros (datos de TourEspaña 2012).

Los países emisores, fundamentalmente, serían Reino Unido con un sistema sanitario en ocasiones deficiente con lista de espera y con precios superiores; en Alemania como en Holanda, la política tiende a desincentivar determinadas cirugías mayores (prótesis, ortopédicas, rehabilitación); en cuanto a Rusia, hay un incremento de desplazamientos turísticos hacia España; los países árabes buscan terapias no disponibles en sus países de origen; EEUU busca un mejor precio y, en general, toda la Unión Europea, demanda la Reproducción asistida en España.

5. TURISMO REPRODUCTIVO EN ESPAÑA

En primer lugar debemos saber por qué España es un país de referencia mundial en el marco de la medicina reproductiva. Evidentemente, la calidad en los procedimientos y los protocolos médicos establecidos junto con la alta inversión en tecnología nos hace ser un país altamente competitivo

pero solo esto no es suficiente; el hecho de tener leyes reproductivas flexibles y progresistas, buenas comunicaciones con aeropuertos y destinos internacionales, agradable climatología y amplia oferta hostelera, hacen de nuestro país un verdadero «paraíso reproductivo».

Para promocionar este tipo de medicina es importante valorar su futuro por lo que es necesario saber qué tendencias vamos a tener a largo plazo. Según el estudio DELPHI Horizonte 2020, la prevalencia de la infertilidad en España aumentará de un 18% a un 25% en el 2020 con un incremento anual de 18.500 casos (ver gráfica «tendencia de la infertilidad»). Este aumento estaría inicialmente originado por la necesidad de tener un hijo en mujeres cada vez con más edad (35-40 años) unido a factores clínicos tales como enfermedades, obesidad o factores derivados de quimioterapia o intervenciones quirúrgicas. Con respecto al consumo de alcohol, tabaco o drogas parece ser que la tendencia es que disminuya, quizás debido a las campañas de prevención que se siguen en la actualidad (ver gráficas «factores de riesgo I y II»).

En relación con los indicadores de la demanda asistencial en RA, actualmente, hay un cierto paralelismo en el número de unidades que existen en España entre los centros privados y los públicos pero, quizás debido a la crisis económica o que se había liberalizado en exceso la gratuidad de los procedimientos, la tendencia de futuro que se prevé será que existirá un mayor peso asistencial de los centros privados y una estabilidad con tendencia a la baja de los centros públicos. Esto favorecerá a la larga las inversiones en tecnología, equipamiento y personal cualificado (ver gráfica «mejoras en los recursos»).

Con respecto a la demanda potencial de las distintas técnicas, observamos cómo la estimulación ovárica y la inseminación artificial, tanto conyugal como de donante, tendería a mantenerse. Con respecto a la FIV convencional y la microinyección espermática aumentarían ligeramente pero donde se va ver el verdadero incremento de futuro es en la vitrificación ovocitaria, con el ánimo de preservar la fertilidad ya sea por indicación social o por la médica, en el caso de enfermedades crónicas graves o tratamientos oncológicos por quimioterapia o cirugía. La donación de ovocitos, a su vez, seguiría aumentando debido al retraso en la búsqueda de embarazo, segundos matrimonios, cambios sociales, aparición de nuevos modelos familiares... y en el caso del DGP, que estaba estabilizado, seguirá aumentando debido fundamentalmente al uso de las nuevas tecnologías genéticas como los arrays de CGH que permiten en menos de doce horas el estudio genético de cualquier embrión (ver gráfica «aplicación de TRAs I, II, III y n.º ciclos/paciente»). En definitiva, el uso de

las nuevas metodologías de trabajo, estudios genéticos en el embrión, mejoras en los procesos de vitrificación, modelos de clasificación y selección embrionaria por tecnología *time-lapse*, harán que aumenten las tasas de embarazo aunque disminuya la calidad de los gametos por la edad de los pacientes. Esta mejora en los resultados nos hará cambiar nuestra política de actuación al ser capaces de reducir a uno el número de embriones a transferir puesto que podremos elegir el de mejor capacidad implantatoria, reducir el número de embarazos múltiples y ser más exigentes a la hora de seleccionar embriones excedentes para congelar.

Si valoramos el tema económico, los centros de reproducción asistida necesitarán invertir en tecnología cada vez más costosa que hará aumentar el gasto y por consiguiente derivará finalmente en un incremento añadido al precio de los procesos para el paciente (ver gráfica «coste económico de los TRAs»). Esta situación supondrá una limitación para el sistema público y hará que aumente el número de centros privados. Como ejemplo de lo que ocurre en estos momentos, debemos echar un vistazo a los datos que nos aporta la tabla (ver gráfica «aspectos económicos sector privado»).

Con respecto a los datos del 2012 referidos a los tratamientos de reproducción que se realizan en España, según la industria farmacéutica (ver tabla «ciclos en España 2012»), podemos hacernos una idea de la dimensión económica de lo que ocurre en reproducción asistida. Por ejemplo, si nos limitamos a la FIV-ICSI se mueve alrededor de unos 190 millones de euros, en ovodonaciones hablaríamos de 120 millones y en inseminación 24 millones. Es decir, se manejan cifras de alrededor de 400 millones de euros, esto sin contar con la medicación que se emplea en estos tratamientos que, si el coste medio de los mismos son 1.200 euros, estaríamos hablando de 81 millones de euros para FIV y 34 millones para inseminación que, junto con otras técnicas, estaríamos hablando de 120 millones más por lo que el conjunto de las TRAs supondrían unos 600 millones de euros. Esta cifra hace que la reproducción asistida en España sea importante en el conjunto de la industria sanitaria, dando trabajo a múltiples equipos multidisciplinares con inversiones importantes en personal, equipamiento, tecnología... Si esto en definitiva es para lograr tener un hijo sano en casa, adquiere una gran relevancia social.

En nuestra experiencia profesional en Alicante vemos que nuestras técnicas de reproducción se distribuyen de manera especial: el 40% son de fertilizaciones *in vitro* de las cuales el 3% son de pacientes internacionales; otro 40% son de ovodonación, tanto de ovocitos como de

embriones (en este caso el 80% de las mismas se realizan a pacientes de otros países) y el 20% restante son para pacientes de inseminación artificial, siendo el 8% de otros países. Este reparto de procesos se produce por el hecho de generarse un importante turismo de salud al tratarse de pacientes que acuden de otros países con el ánimo de hacerse tratamientos en nuestras unidades.

¿Por qué se produce esta situación de turismo de salud en el campo reproductivo?

En primer lugar por la gran reputación que tiene España en el campo de la medicina reproductiva. Esto va en consonancia con el hecho de poseer un alto nivel tecnológico, unas tasas de éxito elevadas y a unos precios competitivos. Además, dada la globalización del mundo, hace que la gente se desplace con facilidad de un país a otro, hasta de los más remotos, gracias a las mejoras en las comunicaciones y a las nuevas tecnologías, pudiendo acercar nuestros tratamientos a mucha más gente sin barreras de distancia.

Estos hechos están dinamizados por las distintas situaciones legislativas y sanitarias de los distintos países, leyes que en ocasiones prohíben técnicas o no las favorecen, amplias listas de espera para realizarse tratamientos, coberturas sanitarias insuficientes...

Alicante, en este sentido, tiene una amplia cobertura de servicios con calidad para el cuidado de la salud (hospitales, centros de salud, clínicas, farmacias, compañías de seguros...), ocupa el 4.º lugar en el número de hospitales en España y el 5.º en el número de hospitales privados (ver «mapa de salud»). Y además, su ubicación estratégica, clima, playas, clubs náuticos, campos de golf... y la existencia de una de las mayores poblaciones extranjeras de toda las provincias españolas (más de medio millón de extranjeros) la hacen ser uno de los destinos preferidos para el paciente. Si a esto le añadimos que el aeropuerto de Alicante ocupa entre el 5.º y 6.º lugar en cuanto a número de pasajeros en España, y se encuentra entre los de mayor tránsito de Europa, hace que sea una zona diana para el turismo de salud reproductivo.

Esta situación hace que pensemos que la medicina reproductiva en nuestro país pueda ser un «tractivo» negocio, no solamente de salud, sino que ayuda a mejorar la riqueza de la zona por el uso de los distintos servicios como pueden ser hoteles, restaurantes, agencias de viajes, comercios... generando reinversiones en todos ellos y en el caso de los centros de reproducción asistida en personal, equipamiento...

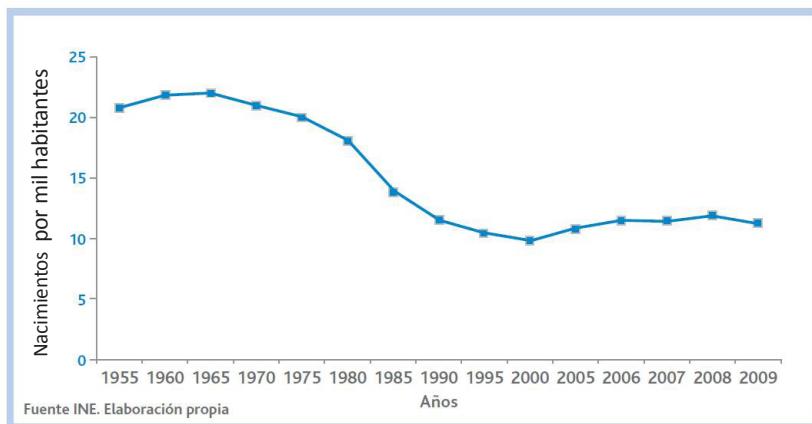
6. CONCLUSIONES

Como conclusiones a lo expuesto, podríamos decir que España goza de una buena posición, referente a la calidad existencial sanitaria y que, en reproducción asistida la actividad privada es preponderante, tanto en número de tratamientos como en equipamiento, siendo un motor fundamental en el desarrollo de nuevas tecnologías e investigación.

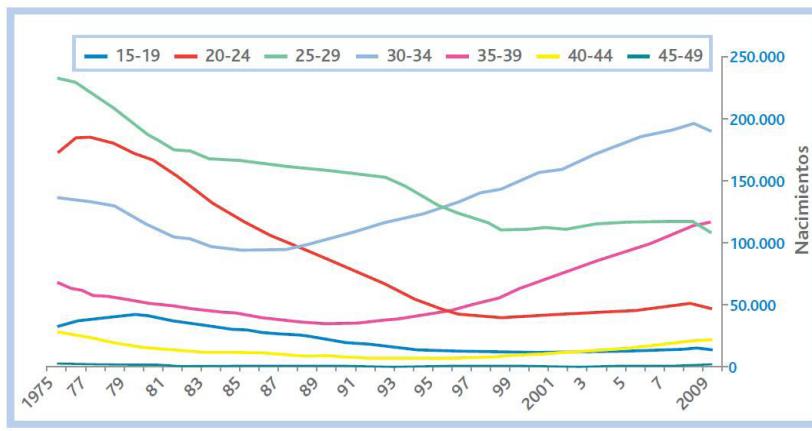
Como futuro, nos atrevemos a augurar una mayor demanda de las técnicas debido a la evolución de la sociedad que posterga la maternidad incrementando los factores de riesgo. Evidentemente, frente a esto, tendremos más recursos para seleccionar mejor los embriones a transferir, será habitual poseer bancos de ovocitos vitrificados para preservar la fertilidad de nuestras futuras pacientes, seguiremos demandando la ovodonación, mejoraremos los estándares de calidad y no bajarán los precios de los tratamientos debido a las mejoras tecnológicas que nos ayudarán a tener mejores tasas de éxito y evitar los embarazos múltiples. En resumen, respondiendo al título del artículo ¿industria de la infertilidad o respuesta a la búsqueda de un hijo biológico?; en efecto, la infertilidad se ha convertido en una industria sanitaria necesaria para dar respuesta a la búsqueda de un hijo biológico.

7. GRÁFICAS

Tasa bruta de la natalidad en España

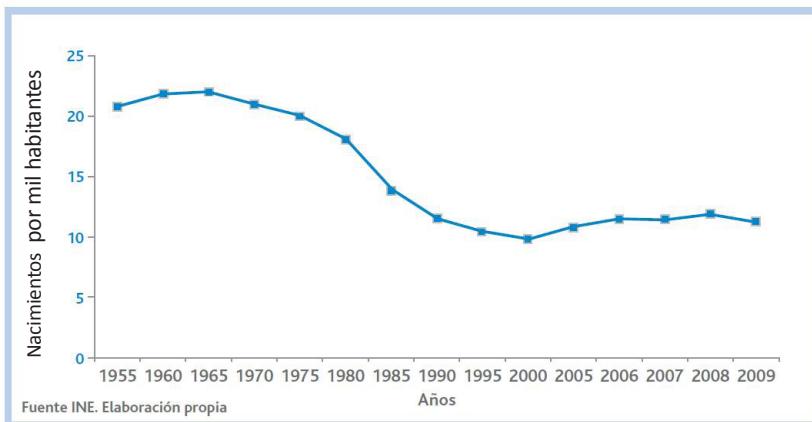


Evolución de la natalidad por edad

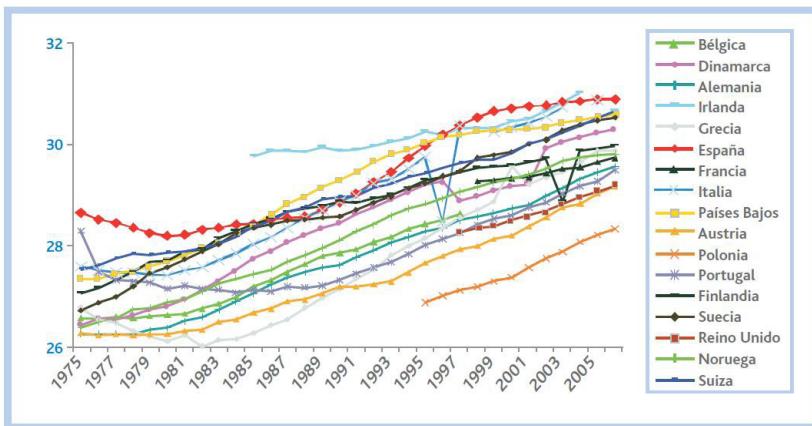


Fuente: INE

Edad media de la maternidad en España



Edad media de la maternidad en Europa



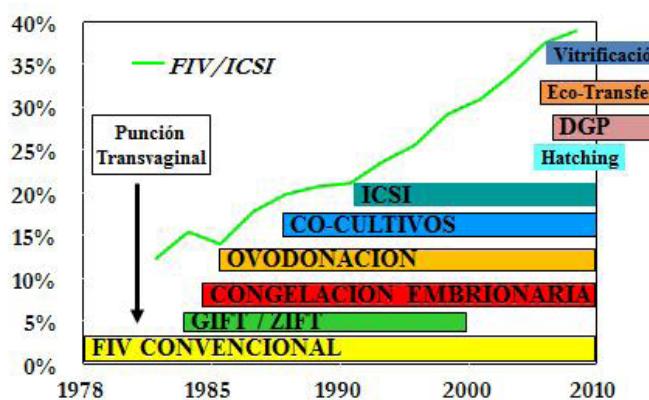
Fuente: OMS, ESHRE

Datos relevantes

1978	Nace Louise Brown, 1. ^{er} niño tras FIV (Reino Unido)
1983	Nace el 1. ^{er} niño tras congelación embrionaria (Australia)
1984	1. ^{er} niño tras una donación de óvulos (Australia)
1985	1. ^{er} parto gemelar tras congelación embrionaria (Australia)
1986	1. ^{er} embarazo tras TESA (Australia)
1988	Primeras referencias de embarazos tras GIFT (USA)
1990	1. ^{er} embarazo tras DGP (Reino Unido)
1992	1. ^{er} embarazo tras ICSI (Bélgica) Parto de una mujer de 62 años (Italia)
1997	Nacimiento de Dolly, 1. ^{er} animal clonado (Reino Unido)
2012	Se alcanzan 4 millones de niños nacidos tras FIV/ICSI

Fuente: Elaboración propia

Evolución resultados/procedimientos



Fuente: ESHRE, ASRM



Fuente: M. Lenhart. Is Medical Tourism Recession-Proof? Study says yes, 2012

Países que ofertan turismo de salud

Asia/Orient. Medio	América	Europa	África	Otros
China	Argentina	Bélgica	Sudáfrica	Australia
India	Brasil	República Checa	Túnez	Barbados
Israel	Canadá	Alemania		Cuba
Jordania	Colombia	Hungría		Jamaica
Malasia	Costa Rica	Italia		
Singapur	Ecuador	Letonia		
Corea del Sur	México	Lituania		
Filipinas	EEUU	Polonia		
Taiwán		Portugal		
Turquía		Rumanía		
Emiratos Árabes Unidos		Rusia		
España				
Países identificados con mayor frecuencia en la literatura y búsquedas en Internet.				

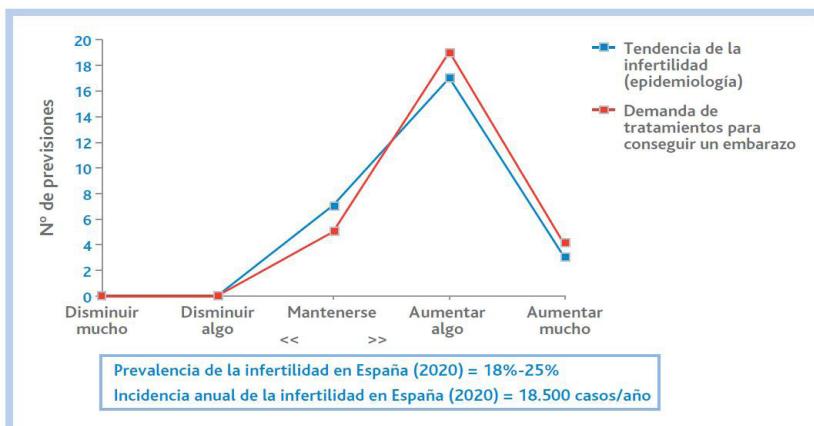
Fuente: Turismo de Salud en España 2013. <http://www.eoi.es>

¿Por qué España?

France	1	Switzerland	20
Italy	2	Belgium	21
San Marino	3	Colombia	22
Andorra	4	Sweden	23
Malta	5	Cyprus	24
Singapore	6	Germany	25
Spain	7	Saudi Arabia	26
Oman	8	United Arab Emirates	27
Austria	9	Israel	28
Japan	10	Morocco	29
Norway	11	Canada	30
Portugal	12	Finland	31
Monaco	13	Australia	32
Greece	14	Chile	33
Iceland	15	Denmark	34
Luxemburg	16	Dominica	35
Netherlands	17	Costa Rica	36
United Kingdom	18	United States	37
Ireland	19	Slovenia	38

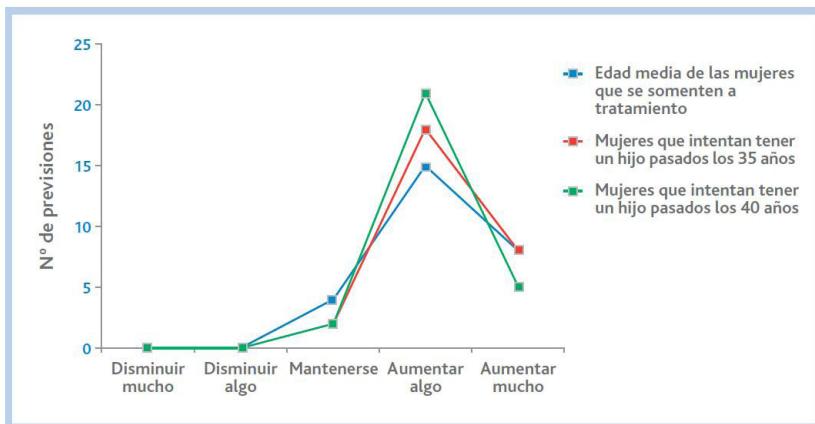
Source: World Health Organization, "The World Health Report 2000" (Geneva: WHO, 2000).

Tendencia de la infertilidad



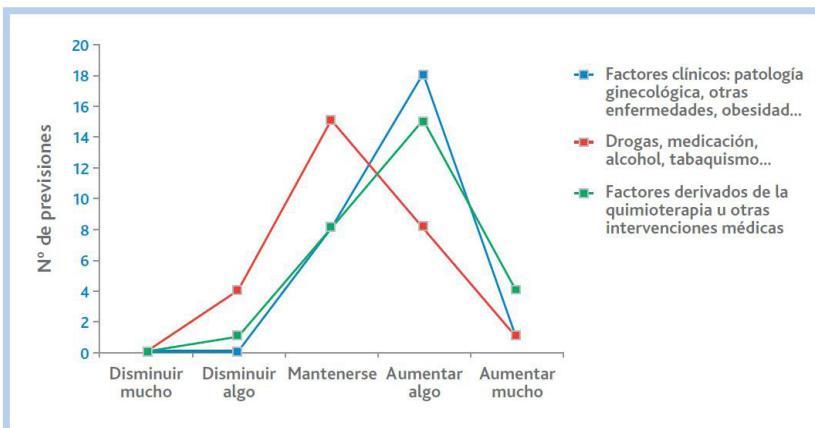
Fuente: Estudio Delphi

Factores de riesgo I



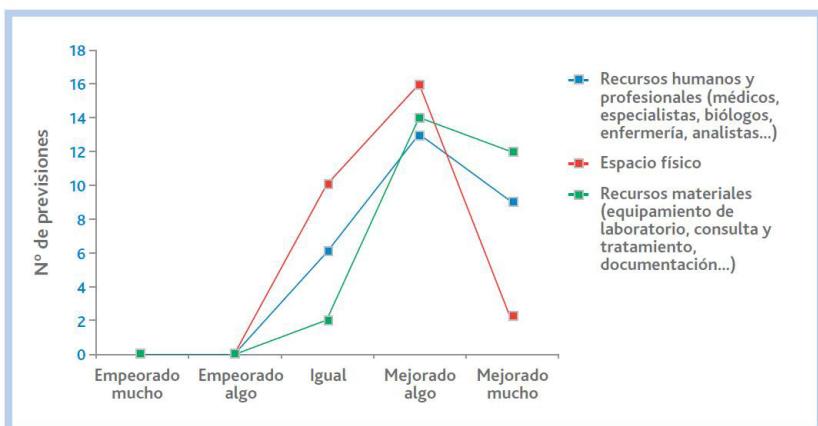
Fuente: Estudio Delphi

Factores de riesgo II



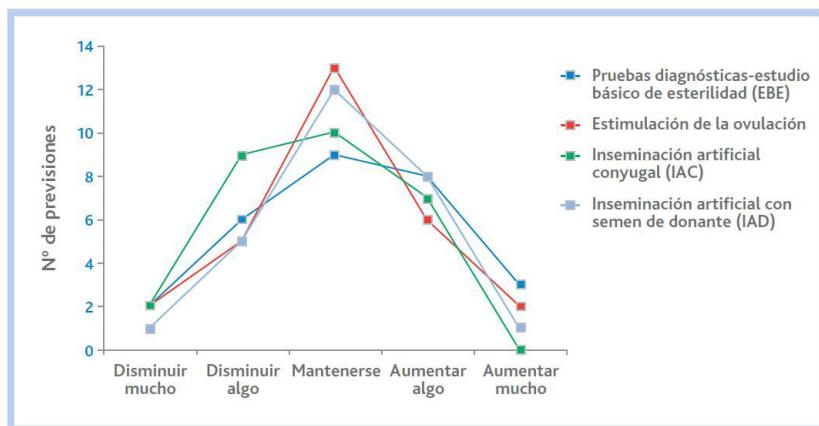
Fuente: Estudio Delphi

Mejoras en los recursos



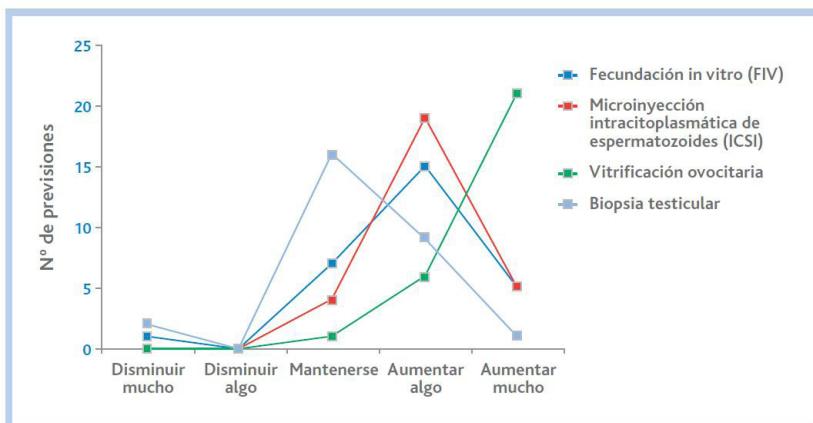
Fuente: Estudio Delphi

Aplicación de TRAs I



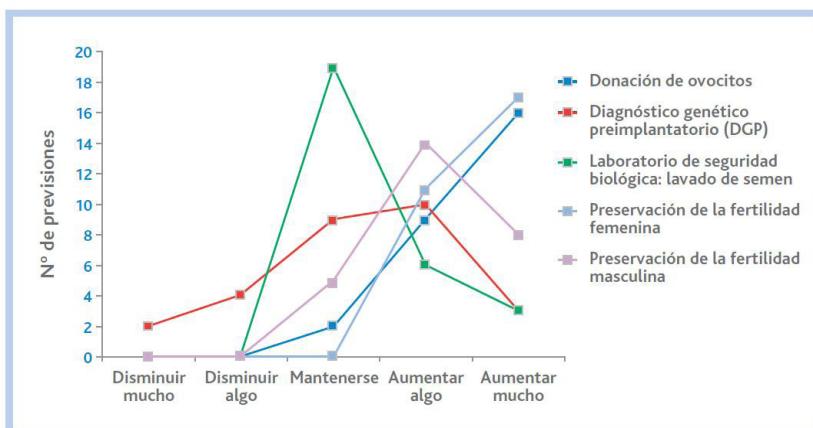
Fuente: Estudio Delphi

Aplicación de TRAs II

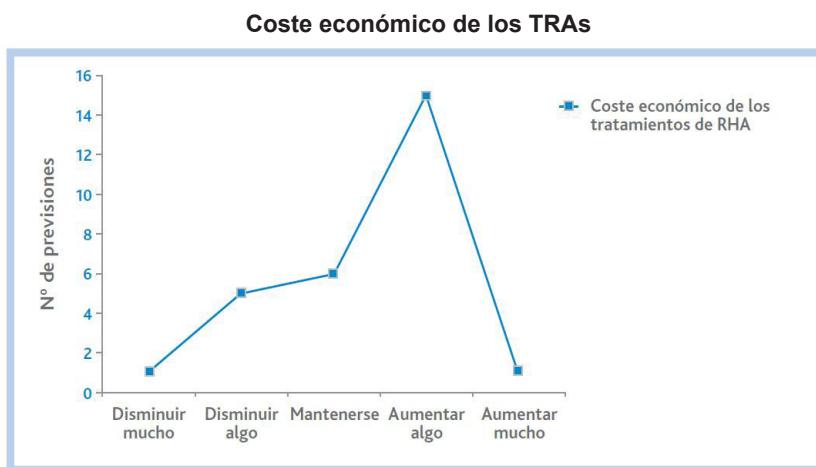
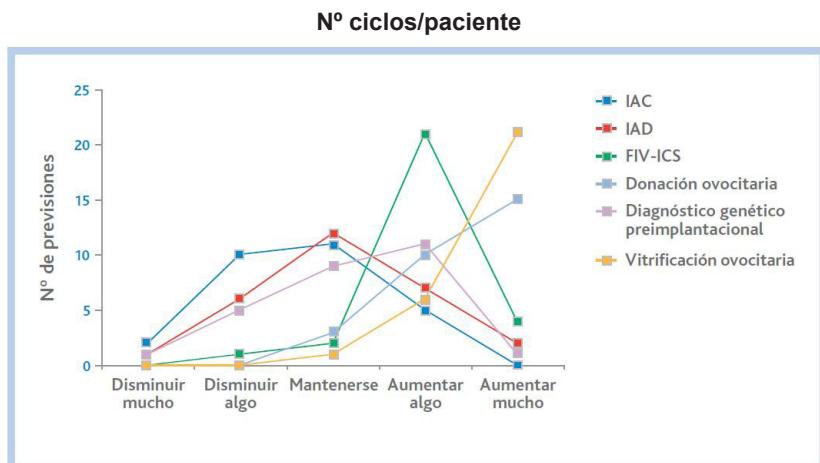


Fuente: Estudio Delphi

Aplicación de TRAs III



Fuente: Estudio Delphi



Aspectos económicos sector privado

Sector Privado:

- OVODON 6.000-11.000€
- ICSI 3.500-6.000€
- FIV 3.000-4.500€
- IAD 700-1.400€
- IAC 500-1.000€

Sector público:

- FIV/ICSI 2.900€

Se limita por edad, baja respuesta, n.º ciclos, preservación de la fertilidad, según comunidades no suele contemplarse la donación de óvulos-semen.

Sector público mutualistas:

Concertado con un centro privado

- FIV-ICSI 2.200€
- OVODON 4.300€
- IAC 400€

Fuente: Elaboración propia

Ciclos en España 2012

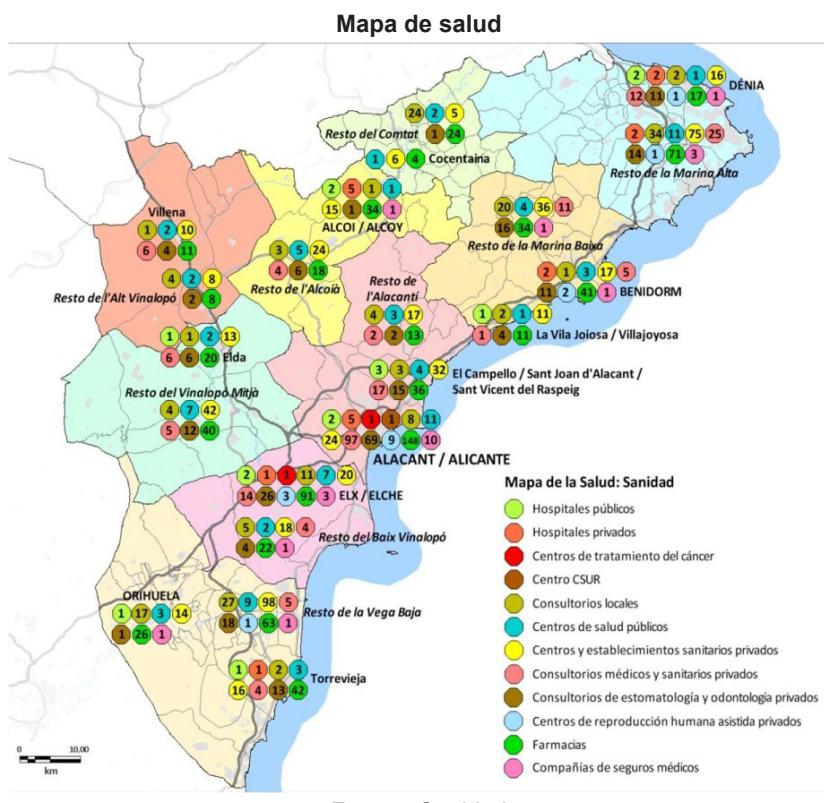
Datos Empresas farmacéuticas

- Totales FIV-ICSI: 49.157
- Totales OVODON: 19.307
- FIV-ICSI Pùblicos: 20.197
- Privados: 48.267
FIV-ICSI (60%)
OVODON (40%)
- IA: 57.090
Pùblicos (49,7%)
Privados (50,3%)

Registro SEF 2011

- FIV-ICSI: 36.676
- OVODON: 9.162
- IAC-IAD: 30.800

Fuente: Empresas farmacéuticas. Elaboración propia.



8. BIBLIOGRAFÍA

Texto:

BOIVIN, J., et al. *International estimates of infertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care.* Hum Reprod. 2007;22(6):1506-12.

HOORENS, S., et al. *Can assisted reproductive technologies help to offset population ageing? An assessment of the demographic and economic impact of ART in Denmark and UK.* Hum Reprod. 2007;22(9):2471-5.

MATORRAS WEINIG, R., *El escenario futuro de la asistencia a la infertilidad en España. Horizonte 2020: estudio Delphi.* Libro Blanco sociosanitario «La infertilidad en España: situación actual y perspectivas». Madrid 2011. ISBN: 978-84-615-0589-0.

PINBOURG, A.; HOUGAARD, C.O.; NYBOE ANDERSEN, A.; MOLBO, D., SCHMIDT, L. *Prospective longitudinal cohort study on cumulative 5-year delivery and adoption rates among 1338 couples initiating infertility treatment.* Hum Reprod. 2009 Apr; 24(4):991-9.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F., et al. *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology.* Human Reproduction. 2009; 24(11):2683-2687.

Gráficos:

ASRM. www.asrm.org

ESHRE. www.eshre.eu

Europe In Figures. Eurostat Yearbook, p. 155, 2009. www.ec.europa.eu

INE. Proyección de la población de España a largo plazo (2009-2049). www.ine.es

Matorras Weinig R. *El escenario futuro de la asistencia a la infertilidad en España. Horizonte 2020: estudio Delphi.* Libro Blanco sociosanitario «La infertilidad en España: situación actual y perspectivas». Madrid 2011. ISBN: 978-84-615-0589-0

M. Lenhart. Is Medical Tourism Recession-Proof? Study says yes, 2012.
www.medicaltraveltoday.com

Ministerio de Sanidad. www.msssi.gob.es

www.ods-ciberesp.es/recursos/ambiente-social/demografia/crecimiento-demografico/53-ageing-characterises-the-demographic-perspectives-of-the-european-societies/visit.html

Turismo de Salud en España 2013. www.eoi.es

WHO. www.who.int.es

IV. “Turismo reproductivo”, límites morales de los mercados e intereses en conflicto: ¿debe regularse la gestación por sustitución en España?

Aspectos registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución

RUBÉN BAZ VICENTE

*Funcionario del Cuerpo de Gestión de la Administración Civil del Estado
(actualmente en excedencia) y de la Escala Técnica de Gestión de Organismos
Autónomos*

Resumen

Los supuestos de gestación por sustitución, también conocidos como de maternidad subrogada, se han convertido en un fenómeno social que reclaman una regulación jurídica que pueda satisfacer los intereses en conflicto. En este sentido, por un lado, se encuentra el interés de los padres comitentes para conseguir una relación de filiación biológica con un recién nacido y, por otro, hay que garantizar las previsiones establecidas en esta materia por las normas españolas que regulan las técnicas de reproducción humana asistida y el Registro Civil.

Abstract

The situations of substitute motherhood, also referred to as surrogate motherhood, have become a social phenomenon calling for legal regulations to satisfy the interests in conflict. In this sense, on the one hand, there exists the involved parents' interest to achieve a biological filiation relationship with a newborn baby and, on the other hand, it is necessary to ensure compliance with the provisions established on this matter in the Spanish regulations governing the assisted human reproduction techniques and the Civil Registry.

Palabras clave

Gestación por sustitución; Ley de Reproducción Humana Asistida; Sentencia Tribunal Supremo; Sentencias TEDH; inscripción Registro Civil; modificación legislativa.

Key words

Substitute Motherhood; Assisted Human Reproduction Act; Supreme Court Judgement; ECHR Judgements; Civil registration; legislative amendments.

Sumario

1. Consideraciones iniciales.
2. La Dirección General de los Registros y del Notariado y el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: inscripción en España de una filiación determinada en el extranjero.
3. La aproximación del Tribunal Supremo a la filiación resultante de una gestación por sustitución celebrada en el extranjero.
4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la gestación por sustitución internacional: casos *Mennesson y Labassee c. Francia*.
5. Solución: la necesidad de una modificación legislativa.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA) establece en su artículo 10¹ una terminante y categórica prohibición de la denominada «gestación de sustitución», al disponer que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». La cuestión que se plantea a partir de dicha prohibición es la de determinar la filiación materna de los hijos nacidos de la mujer gestante.

A los efectos del ordenamiento jurídico español, la mujer gestante, en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño que nazca por consecuencia de la aplicación a la misma de la correspondiente técnica de reproducción asistida, considerando como plenamente ineficaz a efectos civiles la renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y EL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE UNA FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO

La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, a través de la cual –y tomando como referente la garantía de los intereses de la mujer gestante, del propio menor y la necesidad de evitar que el recurso a las técnicas de gestación por sustitución encubra supuestos de tráfico internacional de menores– se clarifican los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante técnicas de gestación por sustitución y, específicamente, de los títulos extranjeros acreditativos del hecho del

¹ Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»

nacimiento. En concreto, se exige como requisito previo para la inscripción en el Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente. Con tal exigencia se persigue controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la mujer gestante.

La exigencia de una resolución judicial como requisito indispensable al que se somete la inscripción tiene además una consecuencia clara en aquellos casos en los que se pretenda solicitar la inscripción, no ya de la resolución judicial en virtud de la cual las autoridades jurisdiccionales extranjeras atribuyen a los padres comitentes la paternidad sobre el menor, sino de la certificación del Registro extranjero en el que se haya procedido a la inscripción de tal hecho. En estos casos, como ha señalado en distintas ocasiones la DGRN (cfr. Resolución de 23 de septiembre de 2011 y las allí citadas), la mera certificación no sería un título válido para la inscripción, ya que no hace sino reflejar una previa decisión judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos. Y esta circunstancia tiene una consecuencia evidente sobre el procedimiento que seguir para que se pueda proceder a la inscripción en el Registro Civil de España. Téngase en cuenta que en estos casos no se plantea el mero control de la eficacia probatoria de los certificados extranjeros de nacimiento y, por ende, de su acceso al Registro civil español. Tampoco se solicita la inscripción de una mera realidad jurídica registral extranjera. Por el contrario, lo que se pretende es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa decisión judicial que, al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, constituye una relación de filiación a favor de un nacional español y excluye la de la madre gestante y biológica, lo que supone *de facto* que es tal decisión judicial la que realmente está llamada a desplegar efectos en España.

Todo lo anterior lleva a una consecuencia jurídica evidente: puesto que la inscripción registral basa su existencia en una previa resolución judicial que se limita a plasmar una determinada realidad jurídica –en concreto, sendas relaciones de filiación constituidas previamente por una autoridad judicial– el reconocimiento de la decisión judicial extranjera ha de constituir un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación, tal y como estipula el artículo 83 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC).

Ahora bien, evidentemente, la afirmación anterior no significa que cualquier resolución judicial extranjera en la que se establezca una relación de filiación derivada de empleo de técnicas de gestación por sustitución pueda ser reconocida en España sin restricción alguna sino, simplemente, que tales límites no deben buscarse en los mencionados artículos 10.1 y 10.2 de la LTRHA, pero sí al margen de en los requisitos específicos exigidos por la legislación registral para inscribir títulos extranjeros, en los requisitos a los que se somete el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. En este sentido, es necesario recordar que en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se establece que en el reconocimiento de la resolución judicial extranjera, y ante la ausencia de un convenio internacional aplicable al presente supuesto, el procedimiento a seguir es, evidentemente, el recogido en el ordenamiento interno español. Ello supone, con carácter general, la entrada en juego de los artículos 954 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (*vid. Resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2007, en relación con el reconocimiento de una sentencia de Tribunal extranjero recaída en un proceso de filiación*), preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y consecuentemente con ello, la necesidad de instar el reconocimiento de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

No obstante, para aquellos casos en los que la resolución derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones que su inscripción no quedaría sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, con lo que el particular podría lograr ante el encargado del Registro el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción, sin tener que recurrir al mencionado régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (*vid. per omnia Autos del TS de 18 de junio de 2000, 29 de septiembre de 1998 y 1 de diciembre de 1998*). Reconocimiento incidental que exige la previa verificación de los siguientes requisitos previstos en la citada Instrucción de 5 de octubre de 2010:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los estipulados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Una vez superado dicho control y efectuada la inscripción de nacimiento y de filiación en el Registro Civil español, entrarán en juego los artículos 113 del Código Civil, conforme al cual «la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil» y el artículo 108, último párrafo, del mismo cuerpo legal, según el cual «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código», en concordancia con el artículo 39.2 de la Constitución española al establecer que: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil».

3. LA APROXIMACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA FILIACIÓN RESULTANTE DE UNA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CELEBRADA EN EL EXTRANJERO

Por Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN determinó el acceso al Registro Civil español de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la cual estaba acreditada por el correspondiente certificado del Registro Civil estadounidense. El Registro Civil consular denegó la inscripción, pero la DGRN al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, en

consecuencia, con la filiación de los menores tal y como resultaban de las mismas.

El Ministerio Fiscal impugnó dicha Resolución de 18 de febrero de 2009 alegando que la solución adoptada por el derecho californiano infringe directamente el artículo 10 de la LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

En el fundamento de derecho tercero de la Sentencia del TS 835/2013, se establece que la cuestión objeto del proceso consiste en dilucidar si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del Estado norteamericano de California mediante la aportación de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil, en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al encargado del Registro Consular de Los Ángeles la práctica de la inscripción del nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante las inscripciones ya practicadas por las autoridades de California.

El TS entiende que tal y como ha sido planteada la cuestión, la técnica jurídica a aplicar no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento: hay que dilucidar si la decisión de las autoridades californianas puede ser reconocida y desplegar sus efectos –en la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes– en el sistema jurídico español.

Respecto al reconocimiento, la sentencia del TS señala que la forma de practicar el reconocimiento es la establecida en los artículos 81 y 85 RRC (certificación de registro extranjero regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas por la Ley española). Asimismo, se controlará que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española, de conformidad con el artículo 23 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC). Ese control que se realiza en el reconocimiento no se limita a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a las cuestiones de fondo.

Dado que existe la posibilidad de que ante una misma situación jurídica los ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes al

existir puntos de contacto con diversos ordenamientos jurídicos, el Derecho Internacional Privado ha de buscar normas de compatibilidad entre los distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía. Ello no obstante, esta posibilidad de elección tiene unos límites, constituidos por el respeto al orden público entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

En este sentido, el TS precisa que la «legalidad conforme a la Ley española» de los asientos extendidos por los registros extranjeros no puede entenderse como absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, sino como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Por lo tanto, el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera se extiende al respeto del orden público internacional español.

El TS acepta la afirmación de los recurrentes relativa a que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico y que existen otros vínculos como pueden ser los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, pudiendo resultar que la filiación también puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. En este sentido, cabe afirmar que en la determinación legal de la filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

Ello no obstante, el TS matiza que nuestro ordenamiento jurídico no acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación. Como consecuencia de la necesidad de proteger los derechos de las mujeres gestantes y de los menores se han elaborado instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional que establecen como principios básicos la adopción de medidas adecuadas que permitan mantener al niño con su familia de origen y prevenir la sustracción, venta o el tráfico de niños. Dichas medidas se concretan, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. Fruto de esta preocupación por los derechos de la madre gestante y de los menores

responden las leyes que en diversos países regulan las técnicas de reproducción humana, incluyendo la gestación por sustitución.

Considera el TS que, como consecuencia lógica de lo expuesto, las normas aplicables a la gestación por sustitución, en concreto el artículo 10 de la LTRHA, integran el orden público internacional español. En ese sentido, el TS estima que la decisión de la autoridad registral de California, atribuyendo la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución, es contraria al orden público internacional español al ser incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares y, en concreto, las que regulan la filiación (inspiradas en valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección a la infancia), lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta, exclusivamente, a la filiación que en ella se determina pero no al resto de su contenido.

En otro orden de cosas, el TS recuerda que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». A este respecto, el TS subraya que el «interés superior del menor» es un concepto jurídico indeterminado, y que para concretar dicho interés debe tomarse en consideración los valores asumidos como propios por la sociedad, que son los contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. Además, se señala que este no es el único principio que debe tomarse en consideración. En efecto, además de este principio, concurren otros bienes jurídicos que se han de tomar en consideración como «el respeto a la dignidad e integridad de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación».

En este sentido, el TS reconoce que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Asimismo, señala que también supone un perjuicio para el menor el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación. Asimismo, el TS considera que «la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el

encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta a la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil».

A continuación, el TS señala que es necesario realizar una ponderación de los bienes jurídicos que concurren, de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, partiendo de las previsiones de las leyes y los convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

En este sentido, el TS señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar, ha considerado que allí donde esté establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia. Así, en nuestro ordenamiento jurídico existen diversas instituciones que lo permiten, como el acogimiento familiar, la adopción o la posibilidad establecida en el párrafo tercero del artículo 10 de la LTRHA, que permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

Asimismo, el TS precisa que –a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad– la denegación del reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

La ponderación de los bienes jurídicos en conflicto debe tomar en consideración primordial el interés superior de los menores, que no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales como prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de los recurrentes respecto de los menores.

Por lo expuesto, el TS falló desestimar el recurso de casación e instó al Ministerio Fiscal para que ejerzte las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su

protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*.

4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL: CASOS *MENNESSON Y LABASSEE C. FRANCIA*

El 26 de junio de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado sendas sentencias en los asuntos 65192/11 (*Mennesson c. Francia*) y 65941/11 (*Labassee c. Francia*), en la que declara que viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo.

El TEDH admite que la cuestión litigiosa afecta a dos de los objetivos legítimos enunciados por el artículo 8: la «protección de la salud» y la «protección de los derechos y libertades de los demás». Por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados.

De esta manera, los efectos del no reconocimiento en el derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés

superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Concluyen las citadas sentencias que obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluye que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Estas sentencias no pueden ser desconocidas por el ordenamiento jurídico español, por lo que parece necesario modificar en sintonía con ella la legislación del Registro Civil para permitir, con las mayores garantías, la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, teniendo siempre en cuenta el superior interés de estos.

Las sentencias del TEDH, según resulta de la competencia de este, son primordialmente de naturaleza declarativa: constatan si ha existido o no una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por las autoridades de un Estado. Como consecuencia de esta naturaleza declarativa, no tienen el efecto de anular o modificar normas constitucionales, legislativas o administrativas que resulten contrarias al Convenio, ni anular actos administrativos o casar sentencias judiciales declarados en oposición al Convenio.

Pero las sentencias del TEDH, incluso cuando España no es demandada, tienen el efecto interpretativo que deriva del artículo 10.2 de la Constitución, y que el Tribunal Constitucional viene reconociendo al acatar la doctrina expuesta en aquellas. La protección de los derechos humanos se proclama en el preámbulo de la Constitución como voluntad de la nación española y en el artículo 10.1 de la misma Constitución también se declara que los derechos inviolables inherentes a la persona humana son uno de los fundamentos del orden político y de la paz social.

5. SOLUCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

El Ministerio de Justicia ha elaborado una enmienda al «Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración

de Justicia y del Registro Civil», que fue remitido a las Cortes Generales el 13 de junio de 2014², y que pretende modificar la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

En concreto, a salvo del trámite parlamentario en el que dicho proyecto se encuentra en abril de 2015³, se incorpora un nuevo apartado séptimo al artículo 44 de la Ley 20/2011, para dar cumplimiento a la sentencia del TS y, a la vez, permitir el acceso al Registro Civil de los nacidos mediante gestación por sustitución, mediante la elevación a rango legal de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, para establecer lo siguiente:

En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequáтур.

No obstante, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la mujer gestante.

² Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 23 de junio de 2014 (<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-101-1.CODI.%29#>).

³ En este enlace se puede conocer el estado de la tramitación en las Cortes Generales: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(121%2F000101*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(121%2F000101*.NDOC.))

- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la mujer gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En cualquier otro caso, se consignará la filiación materna correspondiente a la mujer gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la mujer gestante sobre dicha filiación; si la mujer gestante estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación.

En todo caso, respecto de las adopciones internacionales se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior.

Con esta regulación, garantizando los intereses implicados, tendrían acceso al Registro Civil los nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución.

Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida

ANTONIO VILA-CORO VÁZQUEZ

Presidente de la Asociación Son Nuestros Hijos

Resumen

La Gestación Subrogada es una Técnica de Reproducción Asistida a la que recurren las familias que no pueden gestar a sus hijos. La LTRHA de 2006 imposibilita llevarla a cabo en España, por lo que muchas familias se ven obligadas a viajar al extranjero para cumplir su sueño de ser padres y madres. Tras su vuelta a España, estas familias han empezado a salir del armario y dar su testimonio. Al visibilizar su realidad, están ayudando a comprender la diferencia entre la maternidad y el proceso fisiológico de la gestación. La capacidad para dissociar ambos conceptos está en la base de la reevaluación moral que se está produciendo en la sociedad española. Cada vez más voces demandan una regulación de la Gestación Subrogada. Se ha creado un movimiento social que entiende que esta técnica bien regulada se puede llevar a cabo respetando las libertades y garantizando el bienestar de las personas que intervienen en ella. Proponemos una regulación basada en la autonomía de las mujeres para tomar decisiones libres e informadas sobre su cuerpo.

Abstract

Gestational Surrogacy is an Assisted Reproduction Technique used by families that cannot carry and deliver their children. Spanish law on reproductive medicine precludes its use (LTRHA 2006); so many families need to travel to other countries in order to achieve their dream of becoming parents. Upon their return to Spain, these families have started to speak out and take Surrogacy out of the closet. By making their reality visible, they are communicating the difference between motherhood and the physiological process of gestation. The capacity to dissociate these concepts is the basis for the moral reevaluation that is taking place in Spanish society. There is an increasing demand for a regulation of

Surrogacy. A social movement has emerged with a new moral vision that understands that there is room for an ethical regulation that guarantees the rights and well being of everyone involved in the process. We propose a regulation of surrogacy that is based on the autonomy of women to take informed and free decisions about their own bodies.

Palabras clave

Gestación Subrogada, Bioética, Técnica de Reproducción Asistida, Medicina Reproductiva, Fecundación in Vitro, Donación de Gametos, Investigación Clínica, Voluntarios Sanos, Consentimiento informado, Autonomía, Derechos de la mujer, Derechos del niño, Origen Biológico, Maternidad, Paternidad, Familia homoparental, Derechos LGTB, Familia, Donación, Altruismo, Compensación Económica.

Key words

Surrogacy, Bioethics, Assisted Reproduction Technology, Reproductive Medicine, in Vitro Fertilization, Gamete Donation, Clinical Research, Healthy Volunteers, Informed Consent, Autonomy, Women's Rights, Children's Rights, Biological Origin, Maternity, Paternity, Same-sex parenting, LGTB Rights, Family, Donation, Altruism, Economic Compensation.

Sumario

1. Introducción.
2. Propuesta de Regulación de la Gestación Subrogada en España que:
 - 2.1 Sea accesible a cualquier tipo de familia que no pueda gestar a sus hijos.
 - 2.2 Respete la autonomía de la gestante para tomar decisiones informadas.
 - 2.3 Permita la construcción de una relación personal entre la familia y la gestante y el derecho de los hijos a conocer su origen biológico.
 - 2.4 Contemple la ausencia de relación de parentesco entre la familia y la gestante.
 - 2.5 Establezca la irreversibilidad del contrato.
 - 2.6 Fomente la motivación altruista y permita la compensación económica.

1. INTRODUCCIÓN

La Gestación por Sustitución¹ o Gestación Subrogada (GS) es una Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que permite tener hijos a aquellas familias que no pueden llevar a término un embarazo. Consiste en encomendar el proceso fisiológico de la gestación a una mujer ajena a la familia.

Gracias a esta técnica, una madre que disponga de óvulos propios puede tener hijos genéticamente suyos aun careciendo de útero funcional. Recurriendo a una donante, la Gestación Subrogada permite también tener hijos a aquellas familias que además de no poder gestar, tampoco pueden producir óvulos. En este último caso, gestante y donante suelen ser personas diferentes y muchas regulaciones exigen que la técnica se lleve a cabo de esta manera. Mediante la Gestación Subrogada una mujer puede gestar un bebé con el que no mantiene ningún vínculo genético, puede gestar al hijo de otras personas. Se denomina gestante por subrogación, o simplemente gestante, a esta mujer que dona su capacidad de gestar.

Hasta que se hicieron posibles las actuales técnicas de Fecundación *In Vitro* (FIV), la gestación estaba indisolublemente unida a la maternidad. Muestra de ello es el principio del derecho romano expresado por la locución latina *mater semper certa est*, que establece que la filiación materna viene determinada por el parto y no es impugnable. Este principio fue heredado por el derecho de familia español y es el que rige la legislación actual. Sin embargo, el desarrollo de las modernas Técnicas de Reproducción Asistida ha dejado obsoleto lo que era obvio en tiempos de la Roma clásica.

Uno de los problemas que plantea la Gestación Subrogada es precisamente que desafía el concepto tradicional de madre. La maternidad se ha entendido tradicionalmente como una entidad única, de ahí la expresión “madre no hay más que una”. Sin embargo, en realidad se compone de una amalgama de roles que pueden ser divididos y llevados a cabo por diferentes mujeres². Disociar de la maternidad algunos de estos roles es algo que la sociedad ha entendido sin mayor problema en muchas ocasiones. Incluso algunas de estas disociaciones están reguladas por la legislación española:

¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 2013, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, p. 22.

² VILA-CORO, A., “Madre no hay más que cinco”, *El Huffington Post*, 27-10-2012.

- Al regular la donación de óvulos, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006³ establece las condiciones para que la maternidad quede disociada de la carga genética. Una mujer puede aportar un óvulo para engendrar el hijo de otra mujer. De esta manera, las mujeres que no tienen capacidad de producir óvulos pueden ser madres gracias a la solidaridad de otras mujeres.
- Una mujer puede amamantar al hijo de otra mujer. En épocas no muy lejanas existían las denominadas nodrizas, o amas de cría⁴, mujeres que cumplían la función de lactancia en sustitución de la madre. Hoy día los biberones y las fórmulas de leche infantil han solucionado el problema permitiendo la lactancia artificial. Incluso la leche humana natural se puede conservar en frío, lo que permite la lactancia sin que sea necesario el contacto físico con la mujer que aporta su leche. Las madres que no son capaces de producir leche pueden conseguir que sus hijos se beneficien de las propiedades de la leche humana gracias a la solidaridad de otras mujeres.
- Una mujer puede cuidar al hijo de otra mujer. La incorporación de la mujer al mercado laboral ha hecho que delegar la crianza de los hijos sea más necesario que en otras épocas de la historia. Hoy día las madres trabajadoras encomiendan el cuidado de sus hijos a terceros, ya sean personas empleadas del hogar, guarderías, parientes, etc.
- Una mujer puede ser responsable del hijo de otra mujer. Las funciones inherentes a la relación legal de filiación pueden ser delegadas en un tutor o tutora en aquellos casos en los que la madre legal no pueda ejercerlas. La maternidad se puede disociar incluso de la responsabilidad de ser madre.
- Por último, una mujer puede gestar al hijo de otra mujer. La Gestación Subrogada no hace sino ir un paso más allá y disociar la maternidad del proceso fisiológico de la gestación. Las mujeres que no tienen capacidad de gestar pueden ser madres gracias a la solidaridad de otras mujeres.

³ La donación de óvulos está en realidad regulada desde la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

⁴ FILDES, V. A., *Wet-Nursing. A History from Antiquity to the Present*, 1988, Blackwell Publishers.

Gestar no es lo mismo que ser madre. Ser madre es algo que va mucho más allá de lo fisiológico de la gestación. Ser madre no se subroga, por tanto es incorrecto hablar de “maternidad subrogada”. Lo que se subroga o sustituye es la gestación.

Pero el concepto tradicional de madre tiene una gran carga emocional que condiciona la valoración ética de la Gestación Subrogada. El debate acalorado entre prohibicionistas y partidarios de su regulación está servido. Para entender ambas posturas podemos recurrir a la psicología de la moral. Varios autores establecen modelos que explican los fundamentos psicológicos de la moral humana y aportan un marco teórico para analizar el debate en torno a la Gestación Subrogada:

- Richard Shweder define tres sistemas éticos basados en la divinidad, comunidad y autonomía⁵. En el extremo de la divinidad el sistema ético es menos racional y se basa en la idea de pureza. Se establecen normas morales para no caer en la contaminación ni en la corrupción. En el extremo de la autonomía las valoraciones éticas son más racionales, se basan en la justicia y los derechos. Las personas tienen derechos, y una transgresión moral consiste en una violación de esos derechos.
- Jonathan Haidt, por su parte, establece cinco sistemas psicológicos que sirven como fundamentos de la moral⁶ y que son en realidad subdivisiones de los sistemas éticos de Shweder. En el extremo irracional estaría la pureza/santidad y en el otro extremo estaría la ecuanimidad/reciprocidad. Pero a diferencia de Shweder, Haidt demuestra que los fundamentos basados en pureza/santidad no son exclusivos de las sociedades primitivas. Las personas en sociedades modernas también los aplican cuando son confrontados con ciertas situaciones (incesto, bestialismo, canibalismo, etc.)
- Podemos ir más allá y relacionar estos fundamentos de la moral con los modelos de relación social de Alan Fiske⁷, que van desde el reparto

⁵ SHWEDER, R. A. et. al., “The ‘big three’ of morality (autonomy, community, and divinity), and the ‘big three’ explanations of suffering.”, 1997, en A. M. Brandt & P. Rozin (Eds.), *Morality and health* (pp. 119–169). New York: Routledge.

⁶ HAIDT, J., & GRAHAM, J., “When morality opposes justice: Conservatives have moral intuitions that liberals may not recognize.”, 2007, *Social Justice Research*, 20, 98-116.

⁷ FISKE, A. P., “The four elementary forms of sociality: framework for a unified theory of social relations.”, 1992, *Psychological review*.

comunitario y la jerarquía de autoridad en los grupos tribales, hasta el trueque y los instrumentos elaborados para el comercio en las sociedades modernas.

El concepto tradicional de madre se encuadra en los fundamentos de la moral basados en la divinidad/pureza/santidad. La cultura popular refleja este encaje sagrado de la maternidad en múltiples expresiones: “Madre no hay más que una y a ti te encontré en la calle”, “Todito te lo consiento menos faltarle a mi madre”... La maternidad es incluso equiparada con la religión en la célebre y desafortunada metáfora del Papa Francisco: “Si alguien insulta a mi madre, le espera un puño, ¡es normal!”⁸.

Las personas que mantienen posturas contrarias a la Gestación Subrogada no consiguen disociar la gestación de la maternidad. Esto les lleva a interpretar la GS como una manipulación de la maternidad. Pero la maternidad es una entidad sagrada que no puede ser manipulada sin que se corrompa su esencia. Cualquier manipulación supone una corrupción de su pureza y conlleva una transgresión moral.

Por el contrario, las personas que están a favor de la regulación entienden que la gestación y la maternidad son cosas diferentes. La gestación es un simple proceso fisiológico y la maternidad es algo que va mucho más allá de la fisiología. La diferencia es radical, mientras la maternidad es un concepto sagrado, el proceso fisiológico de la gestación no, y por tanto puede ser objeto de manipulación sin objeción moral alguna.

Una vez entendida la diferencia entre gestación y maternidad, la evaluación moral rápidamente se traslada al marco de la ecuanimidad/reciprocidad. La Gestación Subrogada supone un acuerdo entre diferentes partes cuyo bienestar ha de estar garantizado en todo momento. Siempre que se den estas garantías, será una técnica moralmente aceptable.

Si analizamos el debate, vemos cómo los argumentos de una y otra parte derivan de fundamentos psicológicos de la moral claramente diferentes:

- Las posturas contrarias afirman que la técnica atenta contra la dignidad de la mujer, fundamentándose claramente en conceptos de pureza/santidad. No importa que la mujer sea consciente de los riesgos y molestias de la técnica, que consienta libremente y que incluso desee fervientemente gestar a un hijo que no es suyo. Da

⁸ Metáfora usada para ilustrar que insultar a la religión genera terrorismo (en referencia a los atentados del 7 de enero de 2015 en París).

igual que se garantice su bienestar y el de todas las partes, para esta postura se estará corrompiendo la pureza de la maternidad. Los defensores de esta postura suelen utilizar la palabra “dignidad” para referirse a esta pureza. Para ellos, padres de intención y gestante no son quiénes para corromper la dignidad sagrada de la maternidad. La gestante no tiene capacidad para decidir lo que puede hacer con su cuerpo, ha de ser tutelada.

- En cambio, la mujer gestante por subrogación cree que su “dignidad” reside en otros sitios. Ella no siente que se esté corrompiendo una entidad sagrada, sino que está donando su capacidad de llevar a cabo un proceso fisiológico. Evalúa moralmente la técnica en otros términos, entiende que las diferentes partes son autónomas para llegar a un acuerdo en el que todos ganan porque existe reciprocidad. Gestante y padres de intención no entienden por qué se ve como moralmente reprobable un acuerdo en el que todas las partes salen tan beneficiadas. ¿Quiénes son los demás para decidir dónde reside su dignidad?

Hasta hace no mucho tiempo, existía una valoración moral negativa generalizada de la Gestación Subrogada en la sociedad española. Se trataba de una realidad poco accesible de la que solo se hablaba en la prensa sensacionalista o en las teleseries de sobremesa los fines de semana. Pero en un mundo cada vez más globalizado surgieron pronto las primeras familias españolas en acceder a países donde esta técnica está regulada. Estas familias fueron pioneras en cambiar su visión moral y en viajar al extranjero para superar sus problemas de fertilidad y cumplir su sueño de ser padres y madres.

La Gestación Subrogada no es el único caso de TRA que mueve a las familias a viajar para tener hijos. En Europa se dan muchos movimientos causados por las diferentes regulaciones entre países que afectan a otras TRA como FIV, donación de gametos, etc. Esta realidad ha abierto el debate sobre los aspectos morales del mal llamado “turismo reproductivo”. Es mejor hablar de Atención Reproductiva Transfronteriza (ARTF) siguiendo la propuesta de investigadores especializados en esta parte de la bioética. Uno de ellos, Guido Pennings, hace una afirmación⁹ que encaja muy bien con las primeras familias españolas que recurrieron a GS: “Permitir la ARTF es una forma de tolerancia que previene el choque

⁹ PENNINGS, G., “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, 2002, *Journal of Medical Ethics*.

frontal entre la mayoría que impone su visión moral y la minoría que reivindica su derecho moral a acceder a un servicio médico”.

Efectivamente, estas familias pioneras tenían una visión moral diferente a la de su sociedad, y esto fue lo que las empujó a viajar a destinos que encajaban con su visión moral y que les permitirían ser padres y madres. Pero no se quedaron ahí, de vuelta en España con sus hijos han sido el motor de un cambio social del que ha resultado un movimiento ciudadano que demanda la regulación de la GS en España¹⁰.

Hace ahora seis años comenzaron a visibilizar su realidad. Desde entonces vienen realizando una intensa labor de comunicación a través de prensa, radio, televisión y redes sociales. No solo para explicar a la sociedad española en qué consiste esta técnica, sino también para contar el lado más humano de sus historias y las de sus gestantes. En este tiempo se ha conseguido mucho, y quizás la conclusión más importante que podemos sacar es que lo que más alimenta los prejuicios contra la GS es el desconocimiento. La mayoría de las personas, independientemente de su ideología y estrato social, hacen una reevaluación moral de la gestación subrogada cuando adquieren el conocimiento que les permite disociar la gestación de la maternidad.

Sin embargo, hay dos grupos de pensamiento que son altamente reacios a esta reevaluación moral: Los católicos ultraconservadores y las feministas radicales, que entienden el feminismo como una religión. Ambos grupos tienen un fuerte componente religioso en su ideología que les impide abandonar fundamentos morales basados en la divinidad/pureza/santidad. Los católicos ultraconservadores consideran al embrión humano como una entidad sagrada. En el caso de las feministas radicales, es el cuerpo de la mujer lo que se considera sagrado. Cualquier manipulación de una de estas entidades sagradas supone una transgresión moral.

Es curioso ver cómo en otros temas estos dos grupos están ferozmente enfrentados. Por ejemplo, cuando se trata de discutir sobre el aborto, existe un conflicto de intereses entre lo que resulta sagrado para cada uno de ellos, el entendimiento es imposible. Pero curiosamente, cuando se trata de gestación subrogada, ambos grupos utilizan el mismo tipo de argumentos. En ocasiones es muy difícil diferenciar de dónde vienen las críticas a la GS.

¹⁰ VILA-CORO, A., “Este orgullo celebramos que la gestación subrogada salió del armario”, *El Huffington Post*, 29-06-2012.

Otra de las características de la psicología moral humana son los intentos de racionalizar los juicios morales que en realidad están basados en instintos irracionales. Los ultraconservadores católicos, por ejemplo, buscan desesperadamente estudios que demuestren daños psicológicos a las mujeres que abortan. Las feministas radicales hacen lo mismo con estudios que demuestren daño psicológico a la mujer que gesta por subrogación. Ambos grupos intentan descalificar la GS buscando ejemplos en los que la técnica no está bien regulada o existe mala práctica. Solo son capaces de imaginar situaciones en las que la mujer no tiene autonomía para tomar sus propias decisiones y necesita que alguien tutele su cuerpo para protegerlo de la impureza.

Afortunadamente, la mayoría de la sociedad española es capaz de desarrollar otros fundamentos psicológicos para su valoración moral. Gracias a esa capacidad se han conseguido importantes avances sociales. Si tomamos como ejemplo el matrimonio entre personas del mismo sexo:

- Quien se opone ve en la homosexualidad una corrupción de la pureza del amor romántico y la rechaza utilizando mecanismos psicológicos muy relacionados con el sentimiento de asco¹¹. El fundamento psicológico contrario al matrimonio igualitario está claramente basado en la divinidad/pureza/santidad.
- Quien está a favor del matrimonio igualitario es capaz de hacer la transición hacia un esquema autonomía/reciprocidad/ecuanimidad para su valoración moral. Entiende que las personas somos autónomas a la hora de decidir con quién establecemos relaciones de pareja, que en estas relaciones se da el amor recíproco entre ambas partes de la pareja independientemente de su sexo y que siendo ecuánimes hay que utilizar las mismas instituciones sociales para regular las mismas realidades.
- De la misma manera que lo hizo para el matrimonio igualitario, la sociedad española está cada día más preparada para regular la Gestación Subrogada. Nos estamos moviendo hacia una valoración moral basada en la autonomía/reciprocidad/ecuanimidad y demandamos un marco legal que la regule según este esquema. El desafío ahora está en definir un modelo de regulación que garantice los derechos y libertades de las partes que intervienen.

¹¹ ESTES, S. & GRAHAM, J., "Why gay marriage divides the world", *New Scientist*, 22 de mayo de 2012.

2. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

Las familias que recurrimos a esta técnica o la necesitan, nos hemos movilizado a través de organizaciones como Son Nuestros Hijos¹² o la Asociación por la Gestación Subrogada en España para promover su regulación. Uno de los proyectos es una Iniciativa Legislativa Popular que lleve al Congreso de los Diputados una propuesta de ley¹³. El modelo de regulación que proponemos está inspirado en el marco legal de algunos estados de EEUU como California o Illinois pero mejorado y adaptado a la realidad española. Sus grandes líneas pueden ser resumidas en 6 puntos:

2.1. Accesible a cualquier tipo de familia que no pueda gestar a sus hijos

La gestación subrogada como técnica de reproducción asistida tiene que ser accesible a cualquier modelo de familia, ya sea tradicional, homoparental o monoparental. Como no podría ser de otra manera dado el marco legal español, el acceso ha de estar garantizado en igualdad de condiciones independientemente del sexo, identidad de género, orientación sexual o cualquier otra circunstancia personal.

El único requisito para poder recurrir a GS es una incapacidad de gestar que puede ser debida a diferentes causas. Existen multitud de enfermedades y circunstancias que impiden a una mujer gestar. La ausencia de útero está causada por síndromes como el de Asherman, Rokitanski o como consecuencia de otras enfermedades como el cáncer. En algunas ocasiones el útero está presente pero no es funcional y en otras ocasiones es funcional pero la gestación conllevaría riesgos para la salud de la madre. Tampoco tienen capacidad de gestar las familias formadas por parejas de hombres, hombres solteros o personas transexuales, y, por tanto, en todos estos casos se cumplirían los requisitos para poder recurrir a la GS.

A diferencia de la adopción, no hará falta una evaluación de la idoneidad para ser padre o madre. Sí que será necesaria una evaluación psicosocial para determinar la idoneidad de la familia que recurre a GS para afrontar

¹² <http://www.sonnuestroshijos.com>

¹³ <http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/4.html>

el proceso y su capacidad para gestionar la relación que tendrá con la mujer gestante.

2.2. Respeto a la autonomía de la gestante para tomar decisiones informadas

La regulación respetará en todo momento la autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo. Y entre las decisiones que se respetan estará la de gestar a sus propios hijos o donar su capacidad de gestar a hijos ajenos.

Sin embargo, el embarazo conlleva unos riesgos que pueden ser mayores o menores dependiendo de las circunstancias y la salud de la mujer que gesta. La regulación ha de velar porque la gestante esté informada y sea plenamente consciente de los riesgos que asume. Para ello, una de las exigencias de la regulación será que la mujer gestante por subrogación haya gestado previamente por lo menos a un hijo propio. Esta es la única manera de que tenga conciencia plena de las implicaciones de un embarazo.

Los riesgos del embarazo serán objeto de evaluación médica, y será el criterio del ginecólogo/obstetra el que determine la idoneidad de una mujer para donar su capacidad de gestar. La exigencia de embarazo previo cumple además la función de validar la ausencia de riesgos en la gestación. Es decir, podrán donar su capacidad de gestar aquellas mujeres que tienen buenos embarazos y, por tanto, menores riesgos.

Además del criterio ginecológico, será necesaria una evaluación psicosocial que determinará la idoneidad de la gestante para afrontar el proceso y su capacidad para gestionar la relación que tendrá con los padres de intención.

2.3. Construcción de una relación personal entre la familia y la gestante, y derecho de los hijos a conocer su origen biológico

La actual LTRA establece el anonimato obligatorio en la donación de gametos. Y algunos expertos han alzado la voz para sugerir que la donación de capacidad de gestar debería ser también anónima en caso de regularse. ¿Qué se pretende conseguir con una regulación que impone el anonimato? Puede que la intención que hay detrás de tanto ocultismo sea proteger a los niños de los supuestos daños psicológicos que supondría conocer su origen, o evitar que las partes en una donación pretendan saltarse el acuerdo que regula la filiación. Cualquiera que sea

el motivo, no parece que el anonimato sea solución a nada y, además, entra claramente en conflicto con el derecho de nuestros hijos a conocer su origen biológico.

Las familias que recurren a TRAs piensan en su mayoría que el anonimato debería ser una decisión personal y no una imposición. Y en cualquier caso mantenerse solo si los hijos nacidos mediante esta técnica no desean conocer su origen biológico.

Pero, además, en el caso de la gestación subrogada, el anonimato entraría en conflicto con otro derecho, el de la familia y la gestante a establecer una relación personal. Son varios los beneficios de esta relación, la familia puede ir viviendo el embarazo a través del contacto con la gestante y su testimonio directo. Puede acudir con ella a las ecografías, saber cómo se siente e ir formando un vínculo afectivo con el bebé que va a nacer. Estar en contacto con la mujer que gesta a tu hijo tranquiliza y reduce el estrés de la larga espera que supone la gestación. Por su parte, la gestante puede recibir la compensación emocional a su esfuerzo y dedicación a través del contacto con los padres de intención.

Diferentes estudios coinciden en la conveniencia de revelar al niño su origen biológico en edades tempranas¹⁴. Cuanto más se retrase más aumentan las posibilidades de que se sienta engañado y traicionado por sus padres. En el caso de la gestación subrogada, el origen biológico tiene además dos componentes, el de la mujer que gestó a nuestros hijos y el de la mujer que donó el óvulo. Para ambos componentes la regulación debería evitar imponer anonimatos, pero con más argumentos si cabe en el caso de la gestación por los motivos anteriormente expuestos.

Se ha argumentado que en las regulaciones en las que no hay anonimato se reduce el número de donantes. Pero este argumento es cuestionable¹⁵, y en cualquier caso el modelo que proponemos contempla el anonimato, como una opción que podrían elegir donantes y padres que así lo deseen. Existen también alternativas al anonimato como son los acuerdos privados de confidencialidad, que pueden ir incluso unidos a compromisos de no contactar con la donante por parte de la familia. En cualquier caso, la regulación española podría moverse hacia posiciones en las que se

¹⁴ JADVA, V. *et al.*, "The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type", 2009, *Human Reproduction*

¹⁵ MUNDY, L., "Shortage? What shortage? How the sperm donor debate missed its mark", *The Guardian*, 19 de septiembre de 2010

respete más la autonomía de los ciudadanos para tomar decisiones que afectan a su vida privada.

2.4. Ausencia de relación de parentesco entre la familia y la gestante

En algunos países existen regulaciones que exigen una relación de parentesco entre la gestante y la madre de intención¹⁶. El propósito de esta exigencia no puede ser otro que el de intentar garantizar el altruismo en la donación de capacidad de gestar. Estas regulaciones asumen que una mujer sería difícilmente capaz de gestar de manera altruista al hijo de una extraña. Sin embargo, quizás entienden que gestar al hijo de (por ejemplo) una hermana no puede tener otro motivo que el altruismo.

Nada más lejos de la realidad, el hecho de que la gestante sea pariente de la madre no garantiza que sus motivos sean puramente altruistas. Pero, además, tiene un efecto profundamente perverso, convierte a las parientes de la madre de intención en las únicas candidatas posibles y las deja a merced de la presión que supone el chantaje emocional de la familia.

Los motivos que llevan a una mujer a gestar el hijo de otros son muchos y complejos. Y entre ellos puede estar la aspiración legítima de tener una compensación emocional que perfectamente puede venir de un extraño. Quizá lo recomendable sería que la gestante no guardara ninguna relación con los padres de intención. Esto evitaría que las relaciones se estropearan tras quedar el debe y el haber emocional descompensados por incumplimiento de las expectativas puestas en el acto de donación.

La obsesión con el altruismo nos puede llevar a exigencias absurdas en las regulaciones. ¿Acaso los humanos no somos capaces de tener comportamientos altruistas con desconocidos?

2.5. Irreversibilidad del contrato

Otra característica que se da en las regulaciones de algunos países como Reino Unido es la reversibilidad del contrato¹⁷. Esto es, la gestante dispone de un periodo de tiempo determinado tras el parto para reivindicar

¹⁶ Es el caso de Tailandia desde agosto de 2014: WANGKIAT, P., "Surrogacy law to tackle parental rights", *Bangkok Post*, 13-8-2014

¹⁷ Surrogacy Arrangements Act 1985, Chapter 49, F41A, "No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it."

derechos de filiación sobre el bebé. Para alguien que oye por primera vez hablar de Gestación Subrogada, este periodo podría sonar razonable. Pero para quien ha entendido la diferencia entre gestar y ser madre es algo aberrante e inmoral.

Imaginemos una pareja heterosexual que se ha embarcado en el proyecto de formar familia. Quieren ser padres juntos, pero no pueden gestar y se someten a un tratamiento de fertilidad. Ella aporta sus óvulos y él su esperma para producir embriones que luego transferirán al útero de otra mujer para que los geste. Esta pareja ve crecer el vínculo emocional con su hijo a medida que progresá la gestación. Ellos son padres desde el momento en que se embarcaron en el proyecto, pero han encomendado la gestación de su hijo a otra persona. Poco a poco se acerca el momento de cumplir sus ilusiones, y con el parto por fin su sueño se hace realidad, su hijo ya ha nacido. Sin embargo, algunas legislaciones permiten que estos padres se queden sin el hijo por el que tanto han luchado. ¿Cómo se puede permitir algo tan tremadamente injusto e inmoral como quitarle un hijo a sus padres?

La única explicación es que el legislador haya confundido gestante con madre, y que además interprete que una mujer no es capaz de tomar de manera autónoma la decisión de gestar el hijo de otros y asumir las responsabilidades que esto conlleva. ¿Acaso en estos modelos de regulación no existe una evaluación psicológica que evalúe la idoneidad para ser gestante?

Muchos argumentarán que el vínculo afectivo que se forma entre la gestante y el bebé gestado es el fundamento de derecho para reivindicar la filiación. Pero existen multitud de personas que establecen vínculos afectivos con nuestros hijos. ¿Esto les da derecho a reivindicar una relación de filiación y arrebatárnoslos?

Imaginemos una pareja con una hija de pocos meses; cuando terminan los permisos de maternidad y paternidad necesitan que alguien la cuide para reincorporarse a sus puestos de trabajo. Deciden encomendar el cuidado de su hija a una señora que se ofrece como “madre de día”, cuida a varios bebés porque sus padres trabajan y no pueden. Pasados los meses, van un día a recoger a su hija pero la señora se niega a entregarla, se ha encariñado con ella. Pasa mucho más tiempo con ella que sus propios padres y ha establecido un vínculo emocional que le da derecho a reivindicar la filiación. ¿Suena aberrante verdad? ¿Pero qué diferencia hay entre esta situación y una regulación que establece un periodo para

que la gestante reivindique la filiación sobre el embrión que se le ha encomendado?

La inseguridad jurídica que supone un contrato reversible es insostenible. Sería equivalente a que los donantes de gametos pudieran revertir el acuerdo de donación. Con esta regulación, una familia podría tener un hijo gracias a un donante de esperma, y éste aparecer tras el parto reivindicando derechos de filiación. Marcos legales como el del Reino Unido contemplan situaciones tan inmorales como esta. Si queremos buscar referentes para regular la Gestación Subrogada, no los vamos a encontrar en Europa.

2.6. Sistema altruista con compensación económica

Sin duda el punto que genera más debate es la posibilidad de que la gestante reciba una compensación por los riesgos y molestias a los que se somete cuando dona su capacidad de gestar.

Sin embargo, este tipo de compensaciones son habituales en muchos procedimientos y estudios que se realizan con voluntarios. Por ejemplo, en un estudio académico se suele compensar a los participantes por el tiempo perdido y las molestias sufridas al someterse a los rigores del experimento, aunque solo sea llenar una encuesta.

Si el estudio es de tipo médico, además de la molestia, se introduce el factor riesgo para el voluntario sano que dona su cuerpo a favor del avance científico. La regulación española contempla que estos participantes en investigación clínica reciban una compensación económica por los riesgos y las molestias sufridos¹⁸. Establece además que esta compensación nunca será tan alta como para inducir a participar en el ensayo por motivos exclusivamente económicos y que será fijada en función de las características del ensayo. Es decir, a mayor molestia mayor compensación.

Este es exactamente el mismo razonamiento que se sigue en la compensación económica que reciben los donantes de gametos¹⁹. Un donante de semen sufre mucho menos las molestias que una donante de

¹⁸ Artículo 3.8 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

¹⁹ Artículo 3.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

óvulos y, por tanto, la compensación económica que recibe es mucho menor. Para poder donar óvulos hay que someterse a una estimulación ovárica con un tratamiento hormonal que puede tener efectos secundarios y a una extracción de folículos con un procedimiento invasivo que también tiene sus riesgos. Donar semen es mucho menos molesto, y conlleva una compensación económica, dos órdenes de magnitud menor.

Y este es también el razonamiento que lleva a compensar económicamente a las gestantes por subrogación en muchas regulaciones. La gestación conlleva más riesgos, más molestias y dura más que la donación de óvulos y, por tanto, está compensada con una cantidad mayor.

La investigación clínica somete a sus voluntarios a protocolos que varían según los objetivos del estudio. Para poder estudiar los riesgos de estos protocolos clínicos, la regulación establece la creación de comités éticos. Por el contrario, la donación de gametos sigue unos protocolos establecidos y sujetos a poca variación, que no necesitan esa supervisión por parte de comités éticos. Este sería también el caso de la GS, no necesitaría comités éticos que evalúen cada protocolo porque los protocolos son siempre los mismos. La evaluación de riesgos corre a cargo del médico que establece los criterios de inclusión o exclusión como vimos en el punto 2.

Toda esta regulación sobre compensaciones económicas que ya existe en España está basada en una moral fundada en autonomía/reciprocidad/ecuanimidad:

- Autonomía: El voluntario da su consentimiento informado para participar en el procedimiento de ensayo.
- Reciprocidad: El voluntario se somete a molestias, el promotor del ensayo le compensa económicamente.
- Ecuanimidad: La compensación se establece en función de las características del ensayo.

Su objetivo es proteger el bienestar de las diferentes partes que participan en los ensayos. ¿Por qué no podemos aplicar estos mismos principios a la gestación subrogada?

Existe una gran resistencia a la compensación económica a la gestante por parte de algunos grupos de pensamiento. Y de nuevo la razón de este rechazo está en aplicar una valoración moral basada en la

divinidad/pureza/santidad. El dinero es el peor contaminante para la pureza inherente al concepto sagrado de maternidad. Cualquier transferencia de valor alrededor de la maternidad hace que sea interpretada como un mercadeo repugnante²⁰.

Y, como vimos anteriormente, estos grupos se empeñan en racionalizar su rechazo. Para hacerlo, intentan equiparar compensación económica con la explotación de la mujer, buscando siempre ejemplos de regulaciones deficientes y mala práctica. Intentan desesperadamente demostrar que el dinero corrompe sistemáticamente y lleva inevitablemente al abuso. Tal es la desesperación y el calor del debate que muchas veces la batalla dialéctica deriva en una discusión sobre la naturaleza malvada del capitalismo.

Pero sabemos que podemos regular la Gestación Subrogada con compensación económica respetando las garantías de las partes y sin caer en el abuso. Lo hemos hecho ya con la investigación clínica: El dinero que reciben los voluntarios sanos no les lleva a ser explotados sistemáticamente como cobayas humanos. Todo lo contrario, la compensación económica es el sistema más ético una vez que hemos conseguido liberarnos de prejuicios.

Por supuesto que existen casos de mala práctica en algunos lugares del mundo. Pero esto no invalida la Gestación Subrogada como TRA. Siguiendo el mismo razonamiento: Ha habido casos de mala práctica en adopción en diferentes países, pero esto no invalida la adopción como mecanismo de protección de la infancia. Ha habido casos de mala práctica en investigación clínica, pero esto no la invalida como único camino para el avance de la medicina y la cura de muchas enfermedades.

Legislemos sobre Gestación Subrogada, desarrollemos una regulación ética y práctica en España, evitaremos abusos y malas prácticas en otras partes del mundo. Pero, sobre todo, conseguiremos la felicidad para muchas familias que sueñan con tener hijos. Todos salimos ganando.

²⁰ ROTH, AE. "Repugnance as a Constraint on Markets", NBER Working Paper No. 12702, November 2006.

BIBLIOGRAFÍA

ESTES, S., y GRAHAM, J., "Why gay marriage divides the world", *New Scientist*, 22 de mayo de 2012.

FILDES, V. A., *Wet-Nursing. A History from Antiquity to the Present*, 1988, Blackwell Publishers.

FISKE, A. P., "The four elementary forms of sociality: framework for a unified theory of social relations.", 1992, *Psychological review*.

HAIDT, J., y GRAHAM, J., "When morality opposes justice: Conservatives have moral intuitions that liberals may not recognize.", 2007, *Social Justice Research*, 20, 98-116.

JADVA, V. et al., "The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type", 2009, *Human Reproduction*.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 2013, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, p. 22.

MUNDY, L., "Shortage? What shortage? How the sperm donor debate missed its mark", *The Guardian*, 19 de septiembre de 2010.

PENNINGS, G., "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", 2002, *Journal of Medical Ethics*.

ROTH, AE., "Repugnance as a Constraint on Markets", *NBER Working Paper* n.º 12702, noviembre de 2006.

SHWEDER, R. A. et. al., "The 'big three' of morality (autonomy, community, and divinity), and the 'big three' explanations of suffering.", 1997, en A. M. Brandt & P. Rozin (Eds.), *Morality and health* (pp. 119–169). New York: Routledge.

VILA-CORO, A.,

"Este orgullo celebramos que la gestación subrogada salió del armario", *El Huffington Post*, 29-06-2012.

"Madre no hay más que cinco", *El Huffington Post*, 27-10-2012.

Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada¹

ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

*Catedrática de Derecho Civil
Magistrada del Tribunal Constitucional*

"When a stone begins to roll, it will continue doing so until no legal distinctions are made" (Maarit Jänterä Jareborg)

Resumen

A raíz del aumento de la utilización de los contratos de maternidad subrogada por personas que no pueden tener hijos (mujeres estériles, parejas de personas gay), plantea problemas en toda Europa. La diversidad de legislaciones en vigor, permitiendo o prohibiendo estos contratos produce consecuencias importantes en el reconocimiento de la filiación en los países donde el contrato está prohibido, como ocurre en España y en Francia, entre otros. En este trabajo se estudian las decisiones judiciales españolas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sobre la base del principio general de protección del interés del menor. Se concluye que los legisladores deberían reconocer la voluntad como título de filiación, para proteger el interés del menor.

Abstract

The increase of surrogacy arrangements, which allow the access to parentage to sterile women and gay couples, creates hard problems in European countries. The variety of rules of law in force in different

¹ Agradezco a los eficientes servicios de la biblioteca del Tribunal Constitucional el acceso a muchos de los trabajos que cito y a otros más que no he tenido ocasión de citar, pero que conservo. Mi especial reconocimiento al letrado Sr. Pomed Sánchez, que se encargó de coordinar la búsqueda.

legislations, accepting the validity of these arrangements or forbidding them, produces important consequences, particularly where the surrogacy arrangements are forbidden, as happens in Spain and France, among other countries. In this paper I study different Spanish Supreme Court and European Court of Human Rights (ECtHR) rulings, focused on the best interest of the child. I conclude that the legislative bodies must recognize the will of the intended parents as a mean to establish parentage, in order to protect the best interest of the child.

Palabras clave

Derechos fundamentales. Interés del menor. Maternidad subrogada. Jurisprudencia TEDH.

Key words

Fundamental rights. Best interest of the child. Surrogacy arrangements. ECtHR case-law.

Sumario

- I. Planteamiento.
- II. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿el consentimiento como título de atribución de la filiación?
 - A) Filiaciones derivadas de la aplicación de la LTRHA: los matrimonios de mujeres y los criterios de determinación de la filiación.
 - B) Prohibición de los contratos de maternidad subrogada. ¿Qué hacemos con los niños?
 - C) Las dudas que plantea la doctrina de la STS de 16 de febrero de 2014.
- III. Mal de muchos. Las lecciones del derecho comparado.
 - A) El interés del menor en Bélgica y Holanda.
 - B) El interés del menor c. la defensa del ordenamiento: Francia.
 - C) El desenlace del conflicto: las SSTEDH Mennesson c. Francia y Labassée c. Francia, de 26 de junio de 2014.
 - D) El caso Paradiso et Campanelli c. Italia.
- IV. ¿Regular o ignorar? A modo de conclusiones.

Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO

Dice el libro del Génesis (16,1) “Sara, la mujer de Abraham, no tenía hijos. Pero tenía una esclava egipcia de nombre Agar, y dijo a Abraham: «Mira, Yavé me ha hecho estéril; entra, pues, a mi esclava, a ver si por ella puedo tener hijos» [...] Entró éste a Agar, que concibió [...]. Parió Agar a Abraham un hijo y le dio Abraham el nombre de Ismael”. Quizá aquí empieza toda la historia.

La familia posmoderna constituye un laboratorio de experimentación de técnicas jurídicas y sociales. Los paradigmas que provienen de los inicios del siglo XIX, que llevarán a una aproximación romántica del matrimonio y, a la vez, lo despojarán de su carácter religioso, han cedido el paso, de manera paulatina a partir de la segunda guerra mundial a nuevos paradigmas. La caída de los viejos ha sido estrepitosa. A mi modo de ver, tenemos diversas causas de lo que planteo como hipótesis:

1.^a El reconocimiento de los derechos fundamentales a los individuos como tales destruye en gran parte el concepto de familia como núcleo. Es cierto que en épocas de crisis, lo que se ha venido en calificar como “solidaridad familiar” funciona² o como dice el filósofo Perron, los valores éticos que comporta la idea de solidaridad orientan el derecho de la familia. Pero los derechos se reconocen a las personas individualmente consideradas, aunque algunas prestaciones vengan reconocidas por el hecho de pertenecer a un grupo que se denomina convencionalmente “familia”. En este supuesto se deben incluir las prestaciones de la Seguridad Social relativas a la viudedad (art. 174 LGSS) y la orfandad (art. 175 LGSS). Algunos autores entienden que nos encontramos ante un nuevo “individualismo”, de modo que la característica de la familia postmoderna quedaría lejos del principio de solidaridad que puede deducirse de lo establecido en el artículo 39 CE. Pero es precisamente esta característica, el individualismo, la que va a llevar a demanda de hijos, favorecida por los avances en las técnicas de fecundación asistida.

² En julio de 2011, el 14 Congreso de la International Society of Family Law, que tuvo lugar en Lyon, dedicó sus discusiones a “Les solidarités entre générations”. El trabajo que se cita en el texto corresponde a la ponencia de PERRON, “Les solidarités entre générations et la transmission familiale”. *Les solidarités entre générations. Solidarities between generations*. Fulchiron, dir. Bruylant. Bruselas, 2013, p. 23.

2.^a El acceso de determinados colectivos al matrimonio³. No voy a repetir aquí ideas que ya he tenido ocasión de exponer en otros trabajos⁴; sí vale la pena recoger aquí muy someramente las razones por las que el Tribunal Constitucional ha entendido incluido en el artículo 32.1 CE el matrimonio entre personas del mismo sexo. El TC amplió, en la STC 198/2012, los titulares del mencionado derecho, al considerar como tales las personas con la misma orientación sexual. Así, el TC entiende que “la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005 y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador”⁵, por lo que “[...] la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o una sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de la institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”.

3.^a Al cambio en el concepto de matrimonio, se une el rechazo de otros colectivos al matrimonio mismo, generalizándose las convivencias, lo que no excluye, ni mucho menos, la problemática jurídica. ¿Hay que regular estas convivencias? ¿No constituye ello una intromisión en la libertad de los convivientes? Y si la respuesta es afirmativa, ¿en qué sentido debe producirse esta regulación? Ejemplo de esta perplejidad es la STC 93/2013, en la que se reconoce la amplia autonomía de los convivientes, al anular la Ley de Navarra

³ En la decisión 2013-669 DC, de 17 de mayo de 2013, el Conseil Constitutionel francés confirmó la ley aprobada por la Asamblea Nacional el 23 de abril, relativa a laertura del matrimonio a las personas del mismo sexo; la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *United States v Windsor* (2012) declaró contrario a la enmienda quinta de la Constitución el texto de la DOMA (*Federal Defense of Marriage Act*). Antes, la sentencia del Tribunal constitucional de Portugal, n.º 121/2010 había declarado también de acuerdo con la Constitución la reforma del Código Civil, que reconoció a las personas del mismo sexo el derecho a casarse.

⁴ ROCA TRÍAS. “El Dret de família com a dret de llibertat i de llibertats”. *R.J.C.*

⁵ DIEZ PICAZO GIMÉNEZ. *Sistema de Derechos fundamentales*, 4.^a ed. Thompson-Civitas. Cizur Menor, 2014, p. 470.

reguladora de las uniones de hecho⁶. La sentencia se construye en torno al concepto de la autonomía de la voluntad de las personas que constituyen una pareja de hecho, lo que implica que deba protegerse lo que se denomina “autogobierno”.

Por ello, la STC 93/2013 declara que la ley no puede “[i]mponer una opción o limitar las posibilidades de elección en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno”, porque el libre desarrollo de la personalidad “quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos”. De modo que la libertad de decisión no solo en la constitución de la pareja, sino en la fijación de la organización del grupo resultante depende de la autonomía de la voluntad de los convivientes, y por ello es incompatible la imposición de normas que la regulen de forma imperativa. Por ello, “este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones –antes, durante y al extinguirse la unión– conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional [...]”.

4.^a Por último, la generalización del divorcio como forma normal de extinción del matrimonio lleva a la creación de tipos de familia distintos de los hasta ahora aceptados socialmente y, por ello, jurídicamente. Las familias reconstituidas o recomuestas, que están formadas por miembros que provienen de familias anteriores, sean o no matrimoniales, puesto que la tipología es muy amplia, y las familias monoparentales, que constituyen núcleos pequeños formados por un progenitor y sus hijos son algunos de los tipos más generalizados.

Junto a todos ellos y conviviendo con cualquiera de las posibles formas familiares a las que me he referido, así como cualquiera que podamos imaginar, en una especie de línea transversal, se añaden las familias en las que los hijos son producto del empleo de las técnicas de reproducción asistida humana. Pero ello no sería problemático y en realidad no lo ha sido hasta ahora si el uso de estas técnicas se limitara a las parejas tradicionales, casadas o no, por decirlo de alguna manera comprensible. Pero quien en uso de la autonomía de la

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

voluntad utiliza cualquier tipo de técnicas de reproducción asistida para tener un hijo, plantea algunos problemas jurídicos que, en este momento, no tienen ninguna solución. De esto se va a tratar en este trabajo, que solo pretende estudiar cuáles son las normas vigentes en este momento, que permiten al juez decidir los “casos difíciles”, a los que no puede negar solución, en virtud de lo que dispone el artículo 1. 7 CC, cuando impone a los jueces y tribunales la obligación de decidir los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes.

Ello lleva a la pregunta de cómo debe el operador jurídico resolver este conflicto, teniendo en cuenta que el reconocimiento del matrimonio contraído por personas del mismo sexo adoptado por Ley 13/2005 y la confirmación de su ajuste constitucional declarado en la STC 198/2012 deja abiertos otros problemas, el más complejo de todos es la atribución de la filiación cuando no se utiliza el expediente de la adopción conjunta o de los hijos de uno de los cónyuges por el otro. Y ello porque:

- i) Aunque la Exposición de motivos de la Ley 13/2005 mantuvo las palabras “marido” y “mujer” en la regulación de las presunciones de paternidad contenidas en los artículos 116, 117 y 118 CC, mi opinión es que es posible aplicar dicha presunción a los matrimonios de personas del mismo sexo. La presunción no está pensada para este tipo de matrimonios, pero tal ficción no tiene por qué excluirse⁷.
- ii) La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (14/2006, de 26 de mayo) admitió, desde su primera versión, que la mujer solo pudiera utilizar las técnicas de reproducción asistida (art. 6). Y ello a pesar de que no todas las recomendaciones y legislaciones extranjeras aceptaran esta posibilidad. La Ley 13/2005, al admitir la validez del matrimonio contraído por personas del mismo sexo, propició la modificación del art. 7 LTRHA, que se produjo por Ley 31/2007, que añadió un tercer párrafo a dicho artículo 7. A partir de entonces establece que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de

⁷ Y ello, pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 diga que se mantiene la referencia al marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 CC, “dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”. Se trata de las presunciones de paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio de los padres, que, a mi modo de ver, no siempre será aplicable a los matrimonios heterosexuales, como afirmé en *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 153.

hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación del recién nacido”⁸.

iii) Pero no todo son actuaciones en positivo. El artículo 10 LTRHA prohíbe la gestación por sustitución, diciendo que “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. De este modo, a los matrimonios formados por hombres solo les queda la vía de la adopción.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ¿EL CONSENTIMIENTO COMO TÍTULO DE ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN?

Empiezan a llegar a casación asuntos que hasta ahora no se habían producido o, por lo menos, no se habían planteado. Los problemas se centran en la determinación del estatuto de los menores y los títulos de paternidad que van a permitir atribuir la filiación con los fines establecidos en el artículo 39.2 CE.

⁸ Se trata de una norma parecida a la que rige en Suecia desde 2005. Si se produce el nacimiento de un niño después del tratamiento de fertilidad, ambas mujeres casadas serán consideradas como los progenitores legales del nacido; según Jänterä-Jareborg, esto no ocurre por aplicación automática de una presunción legal, sino que debe ser establecido en una concreta orden judicial, después del consentimiento de la otra esposa, cuando la pareja está casada, consentimiento que puede producirse incluso antes del nacimiento; según esta autora lo fundamental es el consentimiento para el tratamiento que obliga a la esposa las relaciones paternas legales con el hijo, con completo estatuto parental y plenos derechos. JÄNTERA-JAREBORG. “Parenthood for Same-Sex Couples. Scandinavian Developments”, en *Bæke-Wœlki-Fuchs. Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives*. 2.^a Ed. Intersentia, 2012, p. 109. En Noruega, después de la aceptación, en 2009, del “gender neutral concept of marriage”, que admitió también el acceso a los tratamientos de fecundación asistida, si de resultas del tratamiento nace un hijo, la esposa que ha consentido recibe *ex lege* el trato de “co-madre” y ello sucede de forma similar en Islandia (*ob. cit.*, p. 110).

A) Filiaciones derivadas de la aplicación de la LTRHA: los matrimonios de mujeres y los criterios de determinación de la filiación

La primera sentencia a la que voy a referirme es la 740/2013, de 5 de diciembre. Los hechos son los siguientes: Dos mujeres contrajeron matrimonio en agosto de 2007; el mes de marzo del mismo año ambas firmaron el documento de consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de A; en diciembre del mismo año nacen dos niñas gemelas. La filiación se determinó únicamente con respecto a la madre biológica A y fueron inscritas como hijas de madre soltera, cuando en realidad estaba ya casada, y únicamente con los apellidos de A. A pesar de que se interpuso el correspondiente recurso para la rectificación, únicamente se obtuvo el cambio del estado civil de la madre, pero no la rectificación de los apellidos. En 2009 se rompió la relación entre las dos mujeres y la esposa de la madre biológica, a quien llamaremos X, formuló una demanda reclamando la filiación de las dos niñas por constante posesión de estado.

La demanda se estima en primera instancia y se confirma en apelación. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 confirma la sentencia recurrida, con los siguientes argumentos: (i) el relativo a la equiparación entre verdad biológica y declaración de voluntad. Así la mencionada sentencia afirma que “En el régimen de filiación en la aplicación de estas técnicas, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código Civil, lo sustituye la Ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación, no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley”; (ii) la equiparación absoluta entre los diferentes tipos de matrimonio, cuando afirma que “Resulta indiscutible, pues, que la nueva regulación legal del matrimonio no solo ha abierto las puertas de esta institución a las parejas del mismo sexo, sino que, al optar por esta solución normativa de entre las diversas que estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales, sin que la reforma resulte contraria a la Constitución (STC

6 de noviembre 2012)⁹, y (iii) aplica el artículo 131 CC, utilizando la remisión que el artículo 8 LTRHA efectúa a las leyes civiles para los procedimientos de determinación de la filiación. La STS que estoy analizando argumenta que “La remisión a las leyes civiles «salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos» que efectúa la Ley posibilita además el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del Código Civil, sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque «*constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras*”.

Estos mismos argumentos fueron utilizados por la posterior STS de 15 de enero de 2014 que entendió que “Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013), no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada (sic)”, ya que ello queda incluido en el concepto de interés legítimo que el artículo 131 CC exige para legitimar a “cualquier persona” a los efectos del ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado.

En conclusión, el Tribunal Supremo ha extendido la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación por la posesión de estado, por medio de la aplicación analógica de las normas sobre determinación de la filiación, pensadas evidentemente, para un sistema de filiación muy

⁹ Aunque critica la falta de regulación de los aspectos de la filiación cuando la propia sentencia que estoy examinando dice “Ocurre que esta reforma se hizo sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales en que una de las personas no interviene en la fecundación”. Ver los comentarios a esta sentencia en FARNÓS, E. “Filiación derivada de reproducción asistida. Voluntad y biología”. *Anuario de Derecho civil*. En prensa.

distinto del que ahora se plantea. No sabemos, sin embargo, cual sería la solución si uno de los cónyuges hombres ejerciera esta misma acción. En principio, no debería ser distinta, porque si debe aplicarse el principio del consentimiento como título de filiación, el principio de igualdad debe llevar a su aplicación a cualquier tipo de matrimonio. A ello hay que añadir que, como señala la STS de 5 de diciembre de 2013, el interés que debe protegerse en estas situaciones es el de las niñas y la estabilidad familiar de la unidad creada, que no puede quedar al albur de la voluntad de una de las progenitoras, añado, que después de aceptar unas reglas, pretende desmantelar la unidad familiar como consecuencia de la ruptura afectiva. El consentimiento como título de filiación no puede quedar a expensas de los cambios de voluntad de los implicados, cuando ha producido efectos en terceras personas.

B) Prohibición de los contratos de maternidad subrogada. ¿Qué hacemos con los niños?

Este es un problema complejo. La ley prohíbe el contrato de maternidad subrogada en cuya virtud una mujer accede, por contrato, a ser inseminada con material genético o bien a que se le implante un óvulo ya fecundado y a completar un embarazo, a cuyo término, entregará al niño nacido a los que se denominan “padres de intención”, es decir, los nacidos a partir del uso de esta tecnología. Estos contratos pueden utilizarse para superar la esterilidad de mujeres casadas o conviviendo en parejas de hecho o bien para las parejas formadas por hombres solos, casados o no. Los matrimonios de mujeres no tienen este problema, al poder utilizar directamente la fecundación asistida¹⁰.

Es cierto que la maternidad subrogada no puede limitarse a las parejas del mismo sexo. Como se comprobará más adelante, los asuntos resueltos por el TEDH tienen como protagonistas a matrimonios heterosexuales. Pero también es verdad que la utilización de estas técnicas por matrimonios/parejas del mismo sexo coloca el punto de mira en una problemática que combina no solo la prohibición de la maternidad subrogada, sino también en las parejas del mismo sexo, cuyo acceso al matrimonio aún no se ha reconocido en general.

¹⁰ De todos modos, no todo parece tan sencillo. Jänterä, por ejemplo, se refiere al modelo danés, en el que la fertilización asistida solo puede atribuir la responsabilidad parental a través de la adopción, que solo puede tener lugar si existe una relación registrada entre la mujer y su compañera. (*ob. cit.*, p. 111).

Me voy a referir ahora a la postura del Tribunal Supremo en el caso resuelto en la STS de 16 de febrero de 2014 y el posterior auto de 2 de febrero de 2015, resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones planteado por los afectados. A pesar de estas dos decisiones, este asunto tampoco puede darse por acabado.

El supuesto de hecho es el siguiente:

Dos hombres casados contratan una maternidad de sustitución en California y nacen dos niños. Despues de cumplir con las formalidades exigidas en el Código de California que les declara padres, intentan inscribir esta resolución en el Registro consular, sin éxito. Recurrida esta decisión ante la Dirección General de los Registros, la Resolución de la Dirección General de 18 de enero de 2009 estima el recurso e inscribe a los dos niños como hijos de los padres que han encargado el procedimiento de maternidad por sustitución. A continuación, el Ministerio Fiscal presenta una demanda contra esta resolución, que es estimada en 1.^a Instancia, confirmada en apelación y en el Tribunal Supremo, aunque con cuatro votos particulares.

Voy a omitir el problema del reconocimiento de estos títulos internacionales en España; no me interesa en este momento¹¹, porque no quiero analizar esta cuestión únicamente desde un punto de vista formal, sino desde el punto de vista material y a los efectos de examinar el interés del menor y las consecuencias que tiene ante el Tribunal Supremo. Los argumentos fundamentales en que se basa esta sentencia para desestimar el recurso de amparo son los que se resumen a continuación:

1.^º El primero, ciertamente, se refiere al reconocimiento de una decisión extranjera en España, pero lo hace a partir de la aplicación de la excepción de orden público, contenida en el artículo 12.3 CC, que establece que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. La primera argumentación del Tribunal Supremo consiste en negar la validez en España de la

¹¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada”. *Indret 3/2009*; VELA SÁNCHEZ. “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 26 de junio de 2014”. *Diario La Ley*. N.^º 8415, de 6 de noviembre de 2014, p. 9; PARRÓN CAMBERO M.^a J. “Vientre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley* n.^º 8269, 12 de marzo de 2014, p. 3; WILLEMS- SOSSON. “Legiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères en droit comparé et de droit international”, a *Schamps-Sosson. La gestation pour autrui: vers un encadrement?* Bruxelas, 2013, pp. 268-272.

decisión del Tribunal de California, porque “la decisión de la autoridad judicial de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado [California] es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. Y añade que “no puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación [...]”¹².

El voto particular insiste en que la denegación del reconocimiento de una decisión extranjera en España por razones de orden público “solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el punto de vista del interés del menor”.

2.º Más digno de estudio resulta el concepto de interés del menor que esta sentencia desarrolla. La sentencia entiende que se trata de un concepto indeterminado, no absoluto, y señala que “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”, puesto que otra cosa llevaría a la alteración del sistema de fuentes. Debe realizarse una ponderación con otros bienes constitucionalmente protegidos, como es este caso, la dignidad de la mujer. En concreto, se señala que se trata de un “Concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de un «concepto esencialmente controvertido» al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales

¹² Se reproduce a continuación el argumento completo: “Infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-familiares vedadas a la mayoría de la población. Inexistencia de trato discriminatorio. La razón de la denegación de la inscripción de la filiación no es que la misma estuviera determinada a favor de un matrimonio de dos varones, sino que estaba determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”.

como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores". Debo señalar en este punto que resulta extraño el concepto que en esta sentencia se utiliza para identificar el interés del menor. Otras SSTS han considerado que este criterio es preferente a cualquier otro¹³, siendo a estos efectos especialmente importante la STS de 20 de noviembre de 2013, que alude a "la extraordinaria importancia que

¹³ Ver SSTS de 19 de julio de 2013, 5 y 12 de diciembre de 2013, entre muchas otras anteriores e incluso posteriores a la STS de 16 de febrero de 2014. La STS de 20 de noviembre de 2013 dice que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero)". Añadiéndose en el FJ Tercero que "El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (STS 13 de junio 2011), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica, simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña, puesto que protege todos los intereses en juego, incluso los del padre biológico, que no es parte en el procedimiento, si es que finalmente se consolida la existencia de unos vínculos paterno filiales asumidos y recíprocamente adaptados por el padre biológico y su hija para merecer el consiguiente amparo que se le reconoce en derecho, lo que la Sala desconoce en estos momentos".

revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos". Aquí se efectúa una ponderación del interés del menor con los derechos fundamentales, aunque más que nada, sociales de la madre biológica, lo que no parece sea un parámetro correcto en la identificación de los derechos fundamentales de ambos, que después de esta sentencia va a señalar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El voto particular señala de forma clara que el interés del menor queda gravemente afectado con la solución que adopta la mayoría en la sentencia que se reseña, porque con dicha cláusula el ordenamiento jurídico "lo que [...] pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses".

3.º La sentencia de 16 de febrero de 2014 utiliza otros argumentos, pero el tercero más importante se refiere a que una ponderación adecuada de los intereses en presencia en este caso lleva a considerar que el interés del niño no puede buscarse a través de un contrato de sustitución de maternidad. La sentencia analiza la regulación española de estos contratos, que, contenida inicialmente en el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, primera en regular las técnicas de filiación asistida, se mantuvo sin modificaciones en la Ley 14/2006, actualmente vigente. La sentencia resume la regulación del siguiente modo: "Su apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité *Ad Hoc* de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". De acuerdo con estos criterios, la sentencia entiende que no puede aceptarse el argumento de los recurrentes que consideran que la filiación es periférica al contrato de gestación por sustitución; al contrario, según la sentencia, la Ley no solo declara la nulidad del contrato de gestación, sino que, además, determina el régimen de la filiación, porque la materna queda determinada por el parto y la paterna, mediante la posible acción de reclamación de la paternidad. Al ser la filiación que se demanda contraria al artículo 10 LTRHA, es

incompatible con el orden público y ello impide el reconocimiento registral.

4.º La solución propuesta se mantiene en la argumentación del incidente de nulidad de actuaciones, presentado por los recurrentes y resuelto en el ATS de 2 de febrero de 2015, del pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. La mayor parte de las explicaciones va dirigida a razonar sobre las diferencias entre el caso español y los casos decididos hasta aquel momento por el TEDH. Se dice que así como en los casos franceses, las niñas no estaban jurídicamente integradas en Francia, porque se hallan en “una situación de incertidumbre jurídica”, dado que “Francia les niega esa consideración [de hijos de los recurrentes], porque la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación paterna, sea mediante la adopción” (FJ5, pr. 8). En cambio, se añade, que la sentencia del Tribunal Supremo español, contra la que se interpone el incidente de nulidad de actuaciones, no da un rodeo para llegar al mismo punto inicial, sino que “la cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, *esencial para establecer la identidad del menor (sub. Mio)* según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que están integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge [...].” Y añade el ATS a que me estoy refiriendo que la sentencia del TS dictada en febrero de 2014 “[...] permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar “de facto” entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores”. El establecimiento de la relación biológica entre el padre que ha proporcionado el material genético para la procreación puede proporcionar el estatus definitivo de los menores en lo relativo

a la fijación de la identidad, según las SSTEDH. Pero también la adopción o incluso la posesión de estado, que según el ATS “[...] nuestro ordenamiento jurídico ha considerado idóneos para *proteger el interés del menor* (sub. Mio)”¹⁴.

C) Las dudas que plantea la doctrina de la STS de 16 de febrero de 2014

Tan pronto como en 1987, el denominado caso “Baby M.” produjo una importante literatura jurídica; se trataba del *leading case*, un caso, además, difícil en el que había importante implicación de derechos fundamentales¹⁵. Los principales temas fueron los siguientes: (i) los acuerdos de maternidad subrogada no proporcionan una adecuada protección para los niños, los jueces consideraron que los acuerdos de maternidad subrogada deberían contener cláusulas que previeran la adopción por el padre biológico, siempre en atención al interés del menor, mientras que el incumplimiento de estos contratos que dé lugar a litigios debe resolverse siempre en interés del menor; (ii) el tribunal consideró que los contratos de maternidad subrogada explotaban menos a las mujeres que las adopciones¹⁶; (iii) no implica la compra de bebés, porque el pago únicamente pretende compensar los gastos del proceso; (iv) los contratos de maternidad subrogada no lesionan el concepto de familia tradicional, y (v) estos contratos deberían ser admitidos jurídicamente sin tener en cuenta si existe o no explotación de los pobres por las personas que pueden pagar este procedimiento.

¹⁴ Este FJ acaba con una pequeña bronca a los recurrentes, cuando el TS afirma que “los promotores del incidente deben ser conscientes de que la filiación de los menores podía ya haber sido fijada definitivamente, o estar muy avanzado el proceso para fijarla, si se hubiera dado cumplimiento a nuestra sentencia”, porque los recurrentes “no solo no han ejercitado las acciones de reclamación de la filiación biológica paterna, sino que ni siquiera están prestando su colaboración al Ministerio Fiscal para que la filiación sea fijada del modo previsto en nuestro derecho y acordada en la sentencia” (FJ 5, pr. 12).

¹⁵ COPEN, ROBERT A. “Family Law: Surrogate Parenting”. 1988 *Annual Survey of American Law*. Issue 4. 1988, p. 948-950. New York University School of Law.

¹⁶ Como se dice en p. 949: “The court viewed private adoption as a situation in which the mother was usually pregnant before the contemplation of surrendering the child, the natural father was uninterested in the child or his whereabouts or identification was unknown, and the unborn fetus faced potential abortion due to financial or social pressures. In addition, the trial court stressed that private adoptions often involved illegal payment. By contrast, surrogacy possessed none of the foregoing problems. Instead, the parties planned and desired to have a child and the mother had ample time to consider her duties, even before her impregnation”.

Desde entonces, los problemas no han dejado de crecer debido a la mejora de las técnicas de reproducción asistida y a la entrada en el que podría llamarse “mercado” de parejas que no pueden tener hijos, como ocurre con los matrimonios de personas gay. Sobre todo, si examinamos la cuestión desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, surgen problemas de mucho calado, como pone de relieve Tobin¹⁷, existen algunos problemas complejos: (i) el primero, el artículo 35 de la Convención sobre los derechos del niño, de Nueva York 1989, que establece que “los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”; (ii) la maternidad subrogada es moralmente objetable porque refuerza la desigualdad de género, y (iii) la regulación de este tipo de contratos no puede proporcionar protección suficiente en contra de la explotación de las madres gestantes.

Es interesante observar la coincidencia de esta opinión con algunos de los argumentos expresados en la STS de 16 de febrero de 2014 y en el incidente. Sin embargo, creo que si bien los casos resueltos por el Tribunal Supremo español merecen la calificación de “casos difíciles”, no pueden constituir pretextos para el *non licet*, porque el juez debe resolver de acuerdo con el sistema de fuentes previsto (art. 1.7 CC).

III. MAL DE MUCHOS. LAS LECCIONES DEL DERECHO COMPARADO

No es mi intención hacer aquí un estudio de derecho comparado acerca de los diversos sistemas que intentan afrontar el problema que, como se dice al inicio de este trabajo, está empezando a ser una gran bola de nieve rodando por la pendiente de la legalidad. Dicho sea sin que esto deba entenderse como una toma de postura.

Son diversas las publicaciones que se han ocupado de aclarar el panorama comparado relativo a la regulación de los contratos de maternidad subrogada, por una parte, y los efectos que dichos contratos producen en las relaciones paterno filiales entre los que se denominan “padres de intención” o padres que encargan el procedimiento, la madre

¹⁷ TOBIN. “To prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?”. *Melbourne Legal Studies Research Paper*. N.º 689, pp. 2-3. <http://ssrn.com>. This paper was first published in the *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 2, 2014.

subrogada o gestante, su marido, si lo hay, y los hijos nacidos de este procedimiento. De ahí puede llegar a una primera conclusión y es que el problema presenta diversas facetas: (i) la primera y seguramente la más importante, la constituye el hecho de que no existe unanimidad entre los diferentes estados para regular de manera uniforme los contratos de maternidad subrogada, lo que genera lo que ya en 2003 Deech calificaba como “turismo reproductivo”¹⁸; (ii) la distinción entre la validez o no del contrato de gestación por sustitución, que debe diferenciarse absolutamente del estatuto del menor, ya que en este segundo aspecto deben ponderarse prioritariamente sus derechos fundamentales incluidos en lo que se denomina “interés del menor”, y (iii) como se va a comprobar a continuación, el problema no se concentra solamente en las parejas del mismo sexo, casadas o no; es mucho más complejo.

La STEDH de 26 junio 2014, dictada en el asunto Menesson c. Francia, realiza un resumen de las diversas posturas mantenidas en los 35 Estados firmantes del Convenio de Derechos Humanos y distingue aquellos en los que la maternidad subrogada está absolutamente prohibida; en otros no se regula; en otros se autoriza, con exigencia de condiciones estrictas o bien se tolera; en 13 de los 35 estados es posible obtener el reconocimiento jurídico de la relación de filiación ya sea a través del *exequátor*, la transcripción directa del acta de nacimiento extranjera o la adopción, lo que parece excluirse en otros 11 de los Estados firmantes del CEDH¹⁹.

¹⁸ DEECH, RUTH. “Reproductive tourism in Europe: infertility and human rights”. *Global Governance*. Vol. 9, núm. 4, oct. 2003, pp. 2-7, aunque el caso a que se refirió en su trabajo se refería a la inseminación *post mortem*. Luego ha sido una expresión recurrente, como MONÉGER. “Rapport de synthèse”. MONÉGER. “Gestation pour autrui: surrogate Motherhood”. *Gestation pour autrui: surrogate Motherhood*. XVIII Congrès, Washington D.C. les 25-31 juillet 2010. Société de Legislation Comparée, París 2011, p. 20. El informe de la Conferencia de La Haya señala en la p. 6-7 que el turismo médico en la India tiene un montante de aproximadamente 400 millones de dólares en 2012. Ver Hague Conference on Private International Law. *Questions de Droit International Privé concernant le Statut des enfants*, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international. Doc. N.º 11, marzo 2011.

¹⁹ “40. La Cour a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France: Andorre, l’Albanie, l’Allemagne, l’Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l’Espagne, l’Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l’Irlande, l’Islande, l’Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l’Ukraine”.

“41. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États: l’Allemagne, l’Autriche, l’Espagne, l’Estonie, la Finlande, l’Islande, l’Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix

Quiero destacar, sin embargo, un común denominador para la resolución de los casos planteados ante tribunales que deben decidir muchas veces en casos de derecho internacional, en los que los interesados aprovechan estas disparidades para eludir las prohibiciones que existen en sus países de origen. Se trata de la aplicación del principio del interés del menor.

Voy a examinar los casos de Bélgica y Holanda, donde se han producido este tipo de casos con bastante frecuencia, para estudiar de forma independiente y quizás con mayor detenimiento, los casos de Italia y Francia, dadas las últimas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en asuntos provenientes de estos dos últimos países²⁰.

autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre, de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes): en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui peut revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation: en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne".

"42. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance ou l'établissement juridiques du lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par *l'exequatur*, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil, soit par l'adoption. Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovénie et de l'Ukraine. Cela semble également possible dans onze autres États où la gestation pour autrui est interdite ou n'est pas prévue par la loi: en Autriche, en Belgique, en Finlande, en Islande, en Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), à Malte, en Pologne, à Saint-Marin, en Suède, en Suisse et, éventuellement, au Luxembourg.

Cela semble en revanche exclu dans les onze États suivants: Andorre, l'Allemagne (sauf peut-être quant au lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie".

²⁰ Más información puede obtenerse en el documento del Parlamento Europeo titulado *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Directorate General for International Policies. Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs. European Parliament, 2013.

A) El interés del menor en Bélgica y Holanda

Bélgica.— Los autores están de acuerdo en afirmar que en Bélgica no hay una prohibición directa de la maternidad subrogada²¹. Sin embargo, a pesar de la falta de regulación se pone de manifiesto que hay ciertas prácticas que (i) restringen su utilización a las parejas heterosexuales, bajo indicaciones médicas, como la esterilidad de la pareja; (ii) solo se autoriza la práctica altruista, sin compensación económica; (iii) en la mayoría de los casos los padres de intención son asimismo padres genéticos; (iv) la maternidad resulta del parto, porque se aplican las reglas generales reguladoras de la atribución de la filiación²², por lo que el padre de intención debe iniciar las acciones legales correspondientes para que se determine la filiación, si es padre biológico, o bien proceder a la adopción. En lo que se refiere a la determinación de la filiación respecto a una pareja formada por personas del mismo sexo, la legislación belga no permite establecer la doble paternidad, y ello solo puede tener lugar mediante la doble adopción²³.

En relación a los casos planteados ante los Tribunales belgas, los autores distinguen entre los que se producen a nivel interno y aquellos en los que interviene un elemento de extranjería. Los casos internos no resultan interesantes al objeto de este estudio²⁴; me voy a detener en los casos en que concurren elementos de extranjería. Se citan los casos *Hanne and Elke*, nacidas de una maternidad de sustitución en Ucrania²⁵; eran hijas de madre ucraniana y los padres de intención eran una pareja heterosexual belga. El certificado de nacimiento les reconoció como padres, pero el consulado belga se negó a inscribir el certificado de nacimiento; los tribunales reconocieron el certificado ucraniano como un acto jurídico auténticamente válido y atribuyeron la paternidad al padre biológico

²¹ “A Comparative Study”, cit. p. 206 y HENRICOT, C. “Belgique” en *Monéger*, dir., cit., p. 50.

²² “A Comparative Study”, cit. p. 211 y *Verschelden-Pluym* “Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)”, en *Schamps-Sosson. La gestation pour autrui* cit. p. 202 p. 196 y pp. 203-209 respecto a los casos de derecho interno.

²³ VERSCHELDEN-PLUYM cit., p. 202.

²⁴ “A Comparative Study”, cit., pp. 215-218. Se afirma, sin embargo, que en los casos de derecho interno, el interés del menor sirve como fundamento para comprobar si la decisión para la adopción está fundada en bases justas (p. 226). VERSCHELDEN-PLUYM, cit., p. 202, señalan que se han presentado ya diversos procedimientos en los tribunales belgas, después de demandas de adopción subsiguientes a maternidad subrogada.

²⁵ Civ. Amberes, 19 diciembre de 2008 y Tribunal de Menores de Amberes, 22 abril 2010. A *Comparative Study*, p. 218, y HENRICOT, cit., p. 51.

intencional, pero no la maternidad de la madre de intención. Finalmente esta adoptó a las niñas. En relación al interés de las niñas, el Tribunal de Menores de Amberes especificó que considerar contrario al orden público el procedimiento de adopción iniciado en Bélgica solamente porque la filiación procedía de un procedimiento tecnológico, penalizaría a las niñas, que no habían elegido la vía de su nacimiento. Otras consideraciones relativas a la comercialización de este tipo de operaciones, no importan en este momento.

El segundo caso belga interesante al objeto de este estudio es el denominado caso *Samuel*, también consecuencia de un contrato de maternidad subrogada celebrado en Ucrania, esta vez entre una mujer de aquella nacionalidad y una pareja del mismo sexo²⁶; uno de los miembros de la pareja era el padre genético, quien interpuso una acción pidiendo que se reconociese el certificado, como finalmente ocurrió.

El tercer caso citado por los autores belgas es el conocido como *Maia y Maureen*, nacidas en USA, de madre sustituta americana y padres de intención del mismo sexo, de nacionalidad belga²⁷. Los certificados de nacimiento se basaban en una sentencia declarativa de paternidad de dos niñas nacidas como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada y sin parentesco entre los padres legales y las gemelas. De nuevo, los padres pretendieron el reconocimiento de los certificados de paternidad americanos. Como en el caso español, los tribunales belgas rehusaron en primera instancia el reconocimiento de dichos certificados, aplicando la regla del fraude de ley, aunque fue revocada por el tribunal de apelación, que consideró que la filiación con el padre de intención quedaba establecida con el reconocimiento de paternidad efectuado por dicho padre, concluyendo que la ilegalidad del contrato no podía poner en peligro el interés del menor, razón por la cual debía reconocerse la paternidad del padre biológico.

En estos y otros casos que han tenido lugar en Bélgica, el interés del menor permite “neutralizar” la ilegalidad de los contratos de maternidad concluidos en el extranjero, porque como afirma Henricot²⁸, la filiación de un hijo nacido como consecuencia de un contrato de maternidad de sustitución, considerada contraria al orden público, debería ser reconocida

²⁶ Civ. Bruselas, 15 de febrero de 2011. *A Comparative Study*, cit., p. 219.

²⁷ Lieja. 6 de septiembre de 2010 y Tribunal de Menores de 22 diciembre de 2011. *A Comparative Study*, cit., p. 221 y HENRICOT, cit., p. 51.

²⁸ HENRICOT. *Ob. cit.*, p. 77.

en la medida en que la relación jurídica ha sido válidamente creada en un país que lo admite y conforme a las reglas establecidas en dicho país. Y todo ello, en base a la protección del interés del menor.

Holanda.— El otro sistema jurídico al que quiero referirme es el holandés. En Holanda la práctica de la maternidad de sustitución está admitida, aunque bajo fuertes restricciones. Vonk y Bœle-Wœlki²⁹ insisten en que a pesar de los controles de la Sociedad Holandesa de Obstetricia y Ginecología, que establece las directivas para proceder a este tipo de operaciones, la sociedad holandesa no ve con buenos ojos los contratos de este tipo. Debe añadirse que las parejas formadas por hombres no pueden acceder a los dichos contratos, ya que según estos mismos autores, aun en el caso que pudieran llegar a contratar, este acuerdo no es obligatorio, de modo que los jueces no estarían obligados a otorgar un estatuto civil al menor nacido de estas técnicas. Solo el procedimiento de adopción permitiría reconocer una relación de filiación, porque la madre que ha dado a luz es la madre legal y la adopción solo será posible cuando los padres legales hayan sido privados de la potestad parental³⁰.

Sin embargo, como en todas partes, el *law in practice* es infinitamente más interesante que el *law in books*. Dejando de lado los casos internos, como he hecho antes, me centraré en los casos internacionales, en los que los tribunales holandeses han tenido que resolver por qué los ciudadanos recurren a una subrogación en el extranjero, a pesar de la llamémosle “tolerancia”, sometida, sin embargo, al férreo control profesional de la sociedad médica a la que antes me he referido. Aparte de algunos casos en los que concurren circunstancias de fraude real, como el denominado caso *Dona*³¹, la mayoría de los supuestos reproducen algunas de las características de los ya citados para Bélgica. En algunos de ellos, los tribunales holandeses han aplicado el artículo 8 del CEDH, es decir, el derecho al respeto a la vida familiar, como ocurrió en el caso de 2011, en el de una maternidad subrogada realizada en la India por una pareja heterosexual, mediante una donación de óvulos, fertilizada con esperma de uno de los miembros de la pareja; en este caso se declaró que la madre subrogada no era la madre genética, pero las autoridades holandesas no admitieron la inscripción a favor de la madre de intención porque no había dado a luz. Como más adelante vendrá a decir el TEDH,

²⁹ VONK, M- BŒLE-WŒLKI, K. “Surrogacy and Same-Sex Couples in the Netherlands”. En BŒLE-WŒLKI-FUCHS, *Legal Recognition*, cit., p. 127

³⁰ *A Comparative Study*, cit., p. 305.

³¹ *A Comparative Study*, cit., p. 312-313. VONK, M- BŒLE-WŒLKI, K., cit. p. 134.

lo que importa es la combinación de los lazos de sangre y las concretas circunstancias de la vida familiar, de acuerdo con el mencionado artículo 8 del Convenio y, por ello, se admitió establecer la filiación con relación al padre de intención³².

La complicación de los casos producidos, como ocurre en todos los sistemas y en la jurisprudencia que puede consultarse, gira siempre en torno a tres problemas: (i) si la madre subrogada debe ser declarada o no madre, a pesar de haber dado a luz; (ii) si puede determinarse la filiación con relación al padre, en base a elementos biológicos, y (iii) qué ocurre con el pasaporte de estos niños nacidos en el extranjero cuando sus padres de intención quieren educarlos y convivir con ellos en el país de origen de los padres. Estos problemas acaban siendo resueltos teniendo en cuenta el interés del menor y, por ello, algunas veces la guarda de estos niños se atribuye a los padres de intención, pero ello encuentra, a su vez, las limitaciones del cumplimiento de los requisitos de la adopción internacional en la propia Holanda. El caso *Dona* constituye un *leading case*, en el que se mezclan cuestiones penales, decisiones en interés del menor y fraudes. Es el “caso difícil” perfecto.

B) El interés del menor c. la defensa del ordenamiento: Francia

El artículo 16-7 del Código Civil francés, tal como aparece redactado por la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, establece que “toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”. A continuación, el artículo 16-9 declara que todas las disposiciones del capítulo relativo a estos aspectos son de orden público. Esta normativa no ha evitado los mismos problemas producidos en los demás países y es más, las decisiones del TEDH han tenido como objeto dos casos ocurridos en Francia, los casos *Mennesson* y *Labassée*, a los que sin duda hay que referirse a continuación, porque constituyen un punto de no retorno en la metodología a aplicar para la solución de estos casos.

La doctrina francesa había ya manifestado su preocupación como consecuencia de la sentencia de la Cour de Cassation de 17 de diciembre de 2008, primera pronunciada en el asunto *Mennesson*; en ella, la Cour, después de explicar los hechos a que luego me referiré, admitió la legitimación del Ministerio público para impugnar la inscripción de las actas de nacimiento de las menores nacidas en Estados Unidos, porque se deducía de los hechos que los enunciados inscritos en las actas del

³² *A Comparative Study*, cit., p. 315. Se refiere a la sentencia Rechtbank's-Gravenhage, de 24 de octubre de 2011.

Registro Civil no podían resultar más que de un contrato de maternidad subrogada. Algun autor afirmó que la Cour de Cassation, ante la previa sentencia de apelación que manifestó una cierta benevolencia para evitar que los niños resultaran jurídicamente huérfanos, impuso el orden, aplicando el derecho y sus prohibiciones³³.

La primera sentencia francesa en el asunto *Mennesson* era, pues, una sentencia de contenido claramente procesal: se había vulnerado, según la casación, una disposición de la Ley de Procedimiento Civil, concretamente el artículo 423. Se explica que teniendo el Ministerio Fiscal la competencia para actuar defendiendo el orden público y declarada como orden público la prohibición de contratar una maternidad de sustitución, los acuerdos de llevarlas adelante son nulos, lo que legitima al Ministerio público³⁴ para actuar pidiendo la nulidad. Nos hallamos ante un razonamiento puramente formal, que finaliza el primer acto del asunto *Mennesson* y produce el efecto de anular la sentencia recurrida, devolviéndolo a la apelación para que vuelva a pronunciarse sobre el problema suscitado, esta vez, entrando en el fondo.

A partir de aquí se inicia el segundo acto de la obra. El Tribunal de apelación de París dictó una nueva sentencia el 18 de marzo de 2010 en la que anuló la inscripción de las actas de nacimiento de las dos niñas. Allí se enfrenta directamente con los dos problemas con los que también ha tenido que lidiar nuestro Tribunal supremo, es decir, la cuestión del orden público internacional³⁵ y el interés del menor, que es el hilo conductor de este trabajo. El razonamiento del Tribunal de apelación de París viene a concluir que no puede alegarse este principio que no permitiría validar *a posteriori* un procedimiento ilícito y que la falta de inscripción no priva a las niñas de su nacionalidad americana. La segunda escena del segundo acto tiene lugar con la sentencia de la Cour de Cassation, de 6 de abril de 2011, que resolvió el recurso de los padres; aquí sí se discutió sobre si se podía oponer a un derecho adquirido legalmente en el extranjero. Los argumentos de la sentencia confirmaron lo dicho en la apelación, recalando que la anulación de la inscripción de las actas de nacimiento

³³ BRUNET, L. “Un arrêt trompe-l’œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?” Nota a la sentencia de la Cour de cassation de 17 de diciembre de 2008. Recueil Dalloz 2009, n.º 5, p. 340.

³⁴ BRUNET, L. *Ob. cit.* p. 341.

³⁵ Que se había escamoteado en la primera sentencia, tal como hizo notar BRUNET, L. *Ob. cit.*, p. 341, en hablar del “l’étonnant escamotage de la dimension internationale du litige”. Asimismo, HENRICOT. *Ob. cit.* p. 81.

no impedía a las menores vivir en Francia, ni lesionaba el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los niños según el artículo 8 del CEDH, ni tampoco el interés de los menores, garantizado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño³⁶. Algunos comentarios de la sentencia ponen de relieve que es dudoso que la resolución no afecte el interés superior del menor, especialmente por el mantenimiento del estado civil americano³⁷.

El interés del menor siguió sin estar protegido: se prefirió en Francia la protección del ordenamiento interno, considerando la sanción por fraude como un castigo, con connotaciones morales (Bollée³⁸), como ocurrirá también en el caso italiano que examinaré a continuación.

Pero la historia de las decisiones francesas no acaba aquí. La Cour de Cassation ha mantenido la prohibición de la inscripción de los certificados de nacimiento de niños nacidos en la India, como consecuencia de contratos de maternidad subrogada (sentencia de 13 de septiembre de 2013³⁹).

C) El desenlace del conflicto: las SSTEDH Mennesson c. Francia y Labassée c. Francia, de 26 de junio de 2014

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinan un punto de no retorno en el tratamiento de los problemas derivados de los contratos de maternidad subrogada no solo por lo que se refiere a Francia, sino a la protección de los Derechos Humanos en el ámbito de los países signatarios del Convenio.

³⁶ “[...] qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention (...), non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant (...) ”.

³⁷ DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE. “Gestation pour autrui à l'étranger: annulation de la transcription des actes de naissance constant une filiation cependant reconnue”. *Recueil Dalloz*. 8 juillet 2010, n.º 26, p. 1686

³⁸ BOLLÉE, S. “Conflits de lois. Gestation pour autrui.- Actes d'état civil dressés à l'étranger.” Comentario a la sentencia de 17 de diciembre de 2008. *Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur*, abril-mai. Junio 2009, p. 582.

³⁹ PETIT, C. “Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger”. *Recueil Dalloz*. 17 octubre 2013, n.º 35, p. 2382.

Los casos *Mennesson* y *Labassée* constituyen un ejemplo de cómo puede aplicarse una metodología correcta que respetando los derechos fundamentales implicados, pondere la importancia de cada uno de ellos en la relación jurídica. Ambas decisiones huyen del formalismo que ha impregnado las decisiones francesas, para fijar los centros de atención en la protección de los derechos. Voy a utilizar básicamente el asunto *Mennesson*, aunque debe entenderse que estoy haciendo también referencia al caso *Labassée*.

No es necesario volver a recordar los casos. A partir de la decisión de 2011 del Tribunal de Casación francés, los padres y las hijas recurrieron ante el TEDH. Sus alegaciones se basaban en la violación del artículo 8 del Convenio, que establece que las personas tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar y que las autoridades públicas no pueden interferir en este derecho más que por circunstancias previstas en la ley en la medida en que, en una sociedad democrática, sean necesarias para la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades. Sobre la base de la existencia de una familia fundada en la presencia de relaciones *de facto*, y dado que los padres de intención viven con las niñas, de manera que no se distingue de la vida familiar en su concepción habitual, el TEDH considera admisible la demanda presentada. Señala que en asuntos de este tipo se produce una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una maternidad subrogada y la determinación jurídica de su filiación (§ 46).

El TEDH distingue entre los efectos que la prohibición de la maternidad de sustitución produce en los padres de intención y las hijas. Respecto de los primeros, el TEDH considera que la anulación de las inscripciones de nacimiento de las niñas no ha impedido a los padres de intención vivir con ellas en Francia en condiciones comparables a las de las otras familias y que no existe un riesgo de que las autoridades los separen (§ 92). Por ello, el TEDH llega a la conclusión que si bien se produce una injerencia en la vida familiar, ésta tenía como finalidad legal la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de terceras personas. Por ello el TEDH entiende que la conclusión de la Cour de Cassation produce un justo equilibrio entre los intereses del estado demandado, Francia, y los de los padres de intención demandantes, en relación a lo que se refiere a la protección de su vida familiar (§ 94).

Sin embargo, aquí no acaba todo. Porque rechazada la demanda de los padres de intención, resta por responder la de las hijas. La pregunta sigue

siendo la misma: ¿han respetado las autoridades públicas el derecho a la dignidad de las menores y su vida privada y familiar? La respuesta es no. El TEDH recuerda que el respeto a la vida familiar del artículo 8 CEDH exige establecer los concretos detalles de la identidad de cada uno como ser humano, entre los que se encuentran: (i) establecer la filiación; (ii) establecer la nacionalidad que aunque no está incluida en el artículo 8 CEDH, resulta un elemento de la identidad de las personas (§ 97), y (iii) que como consecuencia de lo anterior, al carecer las niñas de identificación de acuerdo con el derecho francés, no ostentan derechos sucesorios. Y todo ello, teniendo en cuenta, además, que uno de los progenitores de intención era el padre biológico de las menores.

La que podría calificarse como “solución salomónica” se resume claramente en el §99 de la STEDH⁴⁰, donde se señala que los efectos del no reconocimiento en derecho francés de la relación de filiación entre los hijos concebidos por esta técnica y los padres de intención no se limitan a la situación de estos últimos, que solo han elegido una de las modalidades de procreación que les reprochan las autoridades francesas, sino que producen efectos sobre los propios hijos, cuyo respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida la filiación, se encuentra significativamente afectado. Ello genera una cuestión grave de compatibilidad de esta situación con la protección de interés superior del hijo, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les afecte: “*Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant*”. En consecuencia y dado el peso que debe accordarse al interés del menor cuando se ponderan los intereses en presencia, el TEDH concluye que se ha desconocido el derecho de la vida privada de las menores: “*101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu*”.

Las reacciones de la doctrina francesa no se han hecho esperar. Una parte de la doctrina ha reaccionado señalando que en Francia determinada la filiación con relación al padre de intención que lo sea biológico, la

⁴⁰ 99 “Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté”.

esposa, que no podrá ser reconocida como madre, sigue teniendo un derecho a las relaciones que proviene de lo establecido en el *Code* respecto a la posibilidad de que el padre pueda nombrarla como tutora de sus hijos a su fallecimiento, puede demandar al juez que le reconozcan el derecho a las relaciones con ellos, así como que se los confíen. Para algunos, se trata de una instrumentalización de los derechos humanos⁴¹; se critica que en presencia de un conflicto de intereses divergente, en el que existen planteamientos diversos desde puntos de vista como la moral, el orden público, etc., el TEDH impone una opinión “personal”, por encima de las decisiones tomadas por los representantes democráticos del pueblo francés (*Chénédé dixit*), imponiendo lo que se denomina “nueva instrumentalización democrática” de los derechos del hombre, que se considera inaceptable.

D) El caso *Paradiso et Campanelli c. Italia*

En este revuelto panorama, se plantea el por ahora último asunto resuelto en el TEDH, el caso *Paradiso et Campanelli c. Italia*, de 27 enero de 2015, que tiene unas connotaciones más complejas aún que los anteriormente resueltos por el TEDH. Se trataba aquí de una maternidad subrogada llevada a cabo en Rusia en 2010; según los documentos que constan en la STEDH, la madre portadora prestó su consentimiento por escrito para que el niño fuera inscrito como hijo de los demandantes; declaraba que los padres biológicos eran la pareja italiana Paradiso y Campanelli, que le habían encargado llevar a cabo el embarazo y el parto y que, de acuerdo con las reglas del Código de familia vigente en Rusia, daba su consentimiento para que los padres de intención fueran inscritos como padres del niño a quien ella había dado a luz. A partir de aquí empieza un complejo problema entre las autoridades italianas y los padres de intención, que puede resumirse del modo siguiente: (i) el consulado italiano comunicó al tribunal de menores italiano que el dossier relativo al nacimiento del niño contenía datos falsos; (ii) iniciado el procedimiento de adopción, se nombró un curador para el menor, los padres de intención se sometieron a una prueba de ADN que dio resultado negativo y el niño fue ingresado en un centro de acogida; (iii) los tribunales declararon que había sospechas de graves infracciones y que lo único cierto era que el niño había sido entregado a la madre de intención mediante el pago de 50.000 euros; (iv) el 26 de enero de 2013 el niño fue colocado en una familia de acogida; (v) en abril de 2013, el tutor pidió que se otorgara al

⁴¹ CHÉNEDÉ, F. “Les arrêts Mennesson et Labassée. Ou l’instrumentalisation des droits de l’homme”. *Recueil Dalloz*. N.º 31, 18 setembre 2014, punto 7.

niño una identidad ficticia puesto que carecía de ella y finalmente el Tribunal acordó la entrega de un acta de nacimiento donde se indicaba que el niño había nacido en Moscú el 27 de febrero de 2011, de padres desconocidos y se le atribuía un nombre, y (vi) finalmente, el tribunal de menores declaró que los padres de intención no estaban legitimados en el procedimiento de adopción, porque ni eran padres ni parientes del niño. Los padres de intención interpusieron una demanda ante el TEDH, en nombre del niño por la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero y por las medidas adoptadas por los tribunales italianos que, a su parecer, violaban el artículo 8 CEDH, así como la Convención de los Derechos del Niño.

Después de recordar la doctrina del TEDH sobre las relaciones familiares *de facto*, en la sentencia *Paradiso* se pone de relieve que los demandantes han pasado seis meses en Italia con el niño, durante los primeros meses de su vida y aunque se trata de un corto periodo de tiempo, debe concluirse que sí ha existido vida familiar (§69) y ello, aunque no exista una relación genética entre los padres de intención y el niño. Por ello, debe aplicarse el artículo 8 CEDH. En la ponderación de los intereses en juego y a la vista de los hechos, el TEDH concluye que los tribunales italianos no tomaron una decisión no razonable (*déraisonnable*), al no tener en cuenta el certificado extranjero para atribuir la filiación. Ello no significaba, sin embargo, que no debiera examinarse el interés del menor, porque para que el alejamiento del menor del entorno familiar se justifique, debe tener como finalidad su protección frente a un peligro inmediato. La solución del TEDH es aquí, si cabe, aún más salomónica. Hay un pasaje muy significativo en el §84, donde se dice que los recurrentes que habían sido considerados idóneos para adoptar en general, en esta concreta adopción han sido considerados incapaces de educar al menor por el único motivo de que han violado la ley, sin que haya intervenido una nueva valoración de un experto. En definitiva, se ha vulnerado el interés del menor, porque no se puede perjudicar a un niño que haya nacido como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada y, por ello, se ha violado el derecho contenido en el artículo 8 CEDH. Pero como el niño ha desarrollado lazos de afecto con la familia con la que vive desde principios de 2013, la constancia de la violación no obliga al Estado a devolver el menor a los interesados y solo a la compensación por daño moral.

IV. ¿REGULAR O IGNORAR? A MODO DE CONCLUSIONES

El panorama descrito en el anterior apartado nos coloca ante la disyuntiva de regular o ignorar los contratos de maternidad subrogada. Pero esta

opción no es jurídica, sino de política jurídica y hay que poner de relieve que el TEDH no ha declarado que la falta de regulación o incluso la prohibición de estos contratos deba considerarse contraria al Convenio; solo ha dicho y es mucho, que la ignorancia de estos contratos y la aplicación formalista de la legalidad ordinaria no pueden hacerse de manera que violen los derechos reconocidos en el propio Convenio.

La solución, sin embargo, no es tan simple. De entrada, existen profundas diferencias entre los supuestos de hecho a regular: (i) la maternidad subrogada a favor de parejas heterosexuales, con o sin aportación de material genético de los propios padres de intención; (ii) la denominada co-maternidad, y (iii) la doble paternidad. Todo ello completado con el reconocimiento o no de matrimonio entre personas del mismo sexo, que no necesariamente debe comportar como consecuencia que las personas que tienen derecho a casarse tengan automáticamente derecho a tener hijos por procedimientos técnicos como la maternidad subrogada, porque el conjunto de derechos implicados es muy complejo y deben ponderarse de manera adecuada.

Pero dicho lo anterior, los problemas que ahora preocupan son los relativos a la existencia de niños nacidos en estas condiciones, en lugares donde la maternidad subrogada es admitida o bien, tolerada y que en base a una serie de disposiciones formales, relativas al reconocimiento de los certificados de nacimiento expedidos en el extranjero, pretenden hacerse valer en el país de origen de los padres de intención, casados o no, del mismo o diferente sexo. Quienes como los franceses, los españoles y los italianos tienen prohibidos de manera expresa en sus normas los contratos de maternidad subrogada utilizarán la excepción del orden público internacional, olvidando que ello se refiere a la validez y consiguiente exigibilidad de las obligaciones nacidas del contrato declarado nulo, pero no puede alcanzar al estatuto jurídico del menor, que nos devuelve a situaciones de desigualdad que parecían ya olvidadas en virtud de la aplicación del CEDH y de las diversas normas constitucionales sobre igualdad⁴². Es decir, una solución del tipo de la aplicada en estos países llevaría a declarar la nulidad de todos los efectos derivados de estos contratos, pero los niños no pueden ser declarados “nulos”. Como contrapartida, se dirá que una solución como la propugnada en las sentencias *Mennesson* y *Labassée* constituye una cierta forma de

⁴² Algunos autores franceses hablan de que no puede volverse al antiguo sistema de castigar a los hijos por los pecados de sus padres. A tal efecto, CHÉNEDÉ. “....Et demain, la gestation pour autrui?” *Droit de la famille*. N.º 7-8, pag. 42. Y el título del dossier de FULCHIRON-BIDAUD-GARON en *Recueil Dalloz*, n.º 31, cit. p. 1773.

hipocresía, porque la protección del interés del menor, en la forma propugnada en ellas, produce indirectamente el mismo resultado buscado por los padres de intención. En resumen, que la protección del menor implica el olvido de la conducta ilegal de sus padres que, a la postre, se encuentran en la misma situación que si el contrato hubiese sido considerado legal. Ya hace bien el TEDH cuando reconoce que la situación que se presenta a los jueces en estos casos es muy delicada (STEDH de 27 de enero de 2015, *Paradiso* §81).

Las preguntas que surgen en la situación actual deben, pues, centrarse en los criterios para la resolución de estos casos.

1.º *El interés del menor como criterio de ponderación.* La doctrina protectora del TEDH sobre la base de la aplicación del interés del menor intenta ofrecer una línea de solución a los aspectos no regulados, es decir, los efectos de la violación de las prohibiciones de realizar estos contratos. Como ya se ha visto, los Tribunales belgas y holandeses, a falta de norma concreta, han aplicado el principio del interés superior del menor, que les ha llevado a neutralizar, de alguna manera, la ilegalidad del contrato de subrogación, como ya se ha visto. A la misma solución llegaría, en un momento posterior, la jurisprudencia del TEDH, en las sentencias vistas. Sin embargo, hay que matizar también estas conclusiones, porque antes que nada hay que determinar qué debe entenderse por *interés del menor*, puesto que, como afirma Farnós⁴³, si se examinan los conceptos que aparecen en las diversas sentencias del Tribunal supremo, que aquí se han examinado, así como en la del TEDH, el concepto de interés “es ambivalente”. Pero, ¿es así?

A mi parecer, el TEDH deja muy claro cuál es el contenido del interés del menor en este caso, dado que de una forma muy clara lo liga con la dignidad de la persona, que exige poder fijar los detalles de la identidad de cada ser humano, lo que, según la sentencia *Mennesson*, incluye la determinación de la filiación. Pero en los casos *Mennesson* y *Labassée* se produce un nuevo elemento, que podría haber limitado las conclusiones de dichas sentencias si no se hubiese pronunciado posteriormente la del caso *Paradiso*: efectivamente, en ambos casos, existía una prueba definitiva de paternidad biológica, mientras que en el caso *Paradiso* no existe. En realidad, esta cuestión no es considerada como esencial, porque los argumentos sobre la existencia de una situación familiar de *facto* sustituyen la verdad biológica. Lo esencial es el interés del menor

⁴³ FARNÓS. *Ob. cit.* ADC, en prensa

entendido como dignidad humana y la consecuencia que el interés comporta es el reconocimiento legal de una relación de filiación no necesariamente biológica.

Ello no impide que algunos autores consideren que en estos casos, en los que se cruzan tres tipos de intereses, “los de la mujer gestante, y los de los cónyuges «gay» que pretenden su paternidad”, hay que priorizar el de la parte más débil, es decir, obviamente, el menor, aunque el interés del menor es inocuo, porque sea cual sea la solución que se adopte, siempre quedará determinada la filiación⁴⁴.

Esta reflexión lleva directamente a otra afirmación: pienso que en la noción de orden público está incluido el interés del menor, como hace ya tiempo afirmó Borrás⁴⁵. Es decir, que la protección del interés del menor forma parte de los conceptos de orden público español, dado que España es parte en el Convenio Internacional de los Derechos del Niño, de 1989 convenio que ha sido introducido directamente en el derecho español al haberse ratificado por España y haberse introducido en el artículo 2 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor.

Por tanto y sin entrar a valorar si en la STS de 16 de febrero de 2014 y el ATS de 2 de febrero de 2015 se descuida o no dicha protección, lo que sí debe afirmarse es que inevitablemente la aplicación de este principio a estas situaciones debe llevar a una postura más activa que pasiva, tal como ha resultado de las sentencias del TEDH. En cualquier caso, los legisladores deben tenerlo en cuenta.

2.º *Los problemas de la inscripción del acto extranjero.* Es evidente que el problema concreto se enfrenta con el reconocimiento de las decisiones extranjeras válidas en países donde no se admite este tipo de contratos. Es decir, que entramos de lleno en la excepción del orden público en la aplicación del derecho extranjero, de acuerdo con el artículo 12.3 CC e incluso podría entrar en juego la excepción de fraude de ley. El TEDH no se opone a que cada Estado signatario del Convenio regule en la forma que crea conveniente la maternidad subrogada, pero a lo que se opone es

⁴⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. “Copaternidad y matrimonio entre hombres: la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”. Revista de Derecho privado, n.º 4 julio-agosto de 2014, p.16.

⁴⁵ BORRÁS “El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”. *Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Dra. Alegria Borrás i Contestació de l'acadèmic de número Dra. Encarna Roca i Trías.* 25 de noviembre de 1993. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, MCMXCIII, pp. 58 y 59.

a que los efectos de la nulidad del contrato afecten los derechos de las personas nacidas, colocándolas en una situación cercana a la inexistencia en el país de donde son oriundos los padres de intención.

La Instrucción del Ministerio de Justicia de 5 de octubre de 2010 intenta afrontar esta realidad; pero en realidad el problema subsiste, sobre todo, después de la sentencia de 16 de febrero de 2014 y el auto en el incidente de nulidad de actuaciones, de 2 de febrero de 2015, ya reseñados. Aunque no se ha anulado la Instrucción de referencia, puede considerarse de dudosa legalidad, en tanto que sobrepasa el límite del orden público⁴⁶.

Sin embargo, como he dicho antes, no voy a ocuparme de esta delicada cuestión. A mi modo de ver, no debo ocultar tras argumentos formales un problema de protección de derechos fundamentales.

Para poder afrontar de una forma racional la solución de un problema de alcance importante⁴⁷ pienso que debe distinguirse claramente entre el contrato de maternidad subrogada y el interés de los niños nacidos por este procedimiento. El interés de los menores en la protección de su dignidad implica el reconocimiento de la filiación, independientemente o no de la relación biológica con sus padres de intención. En la ponderación de los derechos fundamentales presentes en los procedimientos, el TEDH ha dejado claro que es intolerable dejar a los niños a la incierta suerte de la admisión o no por los tribunales del reconocimiento de la validez de las sentencias o certificaciones extranjeras, puesto que no puede impedirse el reconocimiento de su filiación⁴⁸. Creo que en el momento actual no se trata de un problema de ejecución de sentencias extranjeras, aunque también, sino de protección de los derechos fundamentales de la parte más afectada en esta relación, que son los menores.

Y mientras, ¿qué? El Tribunal Supremo había iniciado una línea de resolución aplicando por analogía las reglas de las acciones de filiación a otras situaciones, como además ha admitido el mencionado ATS de 2 de febrero de 2015. El juez tiene en su mano las técnicas adecuadas para resolver los asuntos de que conozca (art. 1.7 CC), entre las que se encuentra la analogía (art. 4.1 CC). Pero esta es solo una solución

⁴⁶ La propia Sentencia *Mennesson* recoge la Circular del Ministerio de Justicia, *Garde des Sceaux*, de 25 de enero de 2013 (§36).

⁴⁷ Según dice FARNÓS, *ob. cit.* en prensa.

⁴⁸ AVOUT, *cit.*, p. 1807

temporal. Por tanto, propongo unos puntos sobre los que debemos reflexionar para afrontar la solución de estas situaciones que no dejarán de producirse en un futuro.

1.º El hecho de que el legislador español no haya afrontado una solución específica para la filiación que se pueda producir en el seno de matrimonios de personas del mismo sexo, al admitir la validez de dichos matrimonios⁴⁹, no impide al juez aplicar por analogía las reglas en vigor. Por ello, he afirmado ya⁵⁰ que determinada la filiación con respecto a uno de los cónyuges, nada impediría ampliar el campo de la presunción de paternidad/maternidad. No lo impide la alusión que se hace a este problema en la exposición de motivos de la Ley 13/2005; se trata de una explicación del porqué no se alteran las reglas de la filiación, pero esto no impide que un juez pueda aplicarlas cuando sea conveniente para evitar precisamente la indefensión de un menor ante estas situaciones, como ha ocurrido ya en la aplicación de la atribución de la maternidad por posesión de estado, en las sentencias ya referenciadas.

2.º El hecho de que personalmente uno (una) pueda estar a favor o no del procedimiento de la maternidad subrogada, no debe impedir la búsqueda de soluciones a una realidad ineludible. Si el legislador considera conveniente la prohibición dentro de las reglas de la ética que considera deben imperar en un determinado sistema jurídico, no puede impedir que los derechos fundamentales de los nacidos de estas técnicas queden protegidos. Pueden establecerse sanciones que disuadan a los posibles usuarios de la utilización del método concreto. Pueden establecerse salvaguardas, comprobaciones y garantías para evitar que el contrato de maternidad subrogada pueda convertirse en una compraventa de niños y una mayor explotación de las mujeres, sobre todo, en países del tercer mundo. Puede reconocerse la validez de determinados tipos de contratos, como cuando son gratuitos o de pura beneficencia o están controlados por el juez, como ocurre en determinados países europeos. Pero lo que no puede producirse es la desprotección de los hijos, porque sería tanto como hacerles pagar por los pecados de sus padres, concepción afortunadamente superada.

⁴⁹ Me parece mejor esta solución que la de la derogación tácita propugnada por CERDEIRA, pp. 14-15, por entender que, entre otras razones, se produce la incompatibilidad entre la Ley que reconoce el derecho a casarse a las personas del mismo sexo y el artículo 10 LTRAH.

⁵⁰ ROCA TRÍAS. *Libertad y familia*. Cit., pp. 152- 153

3.º La problemática que genera el contrato de maternidad subrogada presenta diversas facetas: la primera es la relativa a las parejas heterosexuales, casadas o no, que por razones de infertilidad, no pueden tener hijos y acuden a este tipo de métodos. Es de esto de lo que se ha ocupado hasta el momento el TEDH. Pero el segundo aspecto, que es el que afecta a las parejas del mismo sexo, es el que ha ocupado al Tribunal Supremo. Y aquí surgen de nuevo algunas preguntas, que por ahora no tienen más respuesta que el recurso, por analogía, a la legislación que regula la filiación tradicional. En consecuencia, cualquier regulación debe ser consciente, por lo menos, de estos dos aspectos.

4.º El legislador debe afrontar una nueva realidad, que se inició ya a finales de los 80, cuando empezaron a generalizarse las técnicas de reproducción asistida humana. Cuando se estableció que en el caso en que el marido consintiera la inseminación de su esposa con material genético de donante, no podría ejercer la acción de impugnación de la filiación, se inició, seguramente de forma inconsciente, un proceso imparable al reconocimiento de la voluntad como forma de atribución de la filiación. Después de la reforma, en 2007, del art. 7 LTRAH, que permite atribuir la maternidad de los hijos de la esposa a su cónyuge del mismo sexo, se ha consolidado este proceso, sin que pueda, dadas las actuales circunstancias, producirse una marcha atrás. ¿Por qué no es posible considerar la voluntad como título de la filiación?

En definitiva, pienso que la rápida evolución social, así como la lentitud del legislador en establecer unas reglas claras en este tema, lleva a que el juez se encuentre en una situación imposible que le obliga a optar entre aplicar “formalmente” el sistema jurídico o bien actuar como legislador. La peor solución por la inseguridad que produce.

Empezaba esta reflexión con la historia de Abraham, Sara y Agar. Agar era una esclava. Ahora nos ufiamos en decir que las mujeres que acceden a la realización de este tipo de contrato son libres. Pero tanto la mujer como el niño son objeto de comercialización y cosificación⁵¹. Y siempre las finalidades han sido las mismas.

⁵¹ Como afirma OLAYA GODOY. “Regulación del contrato de subrogación uterina: protección del bien público e interés privado” en MARÍA J. ROCA, coord. *Derecho público y Derecho privado: diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de recíproca influencia*. Iustel, Madrid, 2015, p. 233.

BIBLIOGRAFÍA

BRUNET, L. "Un arrêt trompe-l'œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?" Nota a la sentencia de la Cour de cassation 17 diciembre 2008. *Recueil Dalloz*, 2009, n.º 5, p.

BOLLÉE. "Conflits de lois.-Etat civil.-Gestation pour autrui.-Actes d'état civil dressés à l'étranger". *Joumal de Droit International*, 2009. Revue Trimestrielle LexisNexis Iuris classeur. Avril-Mai-Juin 2009, pp.577-586.

BORRÁS. "El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado". *Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Dra. Alegria Borras i Contestació de l'acadèmic de número Dra. Encarna Roca i Trias*. 25 de noviembre de 1993. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, MCMXCIII.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. "Copaternidad y matrimonio entre hombres: la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad". *Revista de Derecho privado*, n.º 4 julio-agosto 2014, pp. 3-27.

COPEN, ROBERT A. "Family Law: Surrogate Parenting". *1988 Annual Survey of American Law*. Issue 4. 1988, pp. 948-950. New York University School of Law.

CHÉNEDÉ, F. "Les arrêts Mennesson et Labassée. Ou l'instrumentalisation des droits de l'homme". *Recueil Dalloz*. N.º 31, 18 setembre 2014, pp. 1797-1804.

CHÉNEDÉ. "....Et demain, la gestation pour autrui? *Droit de la famille*. N.º 7-8, p. 42.

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE. "Gestation pour autrui à l'étranger: annulation de la transcription des actes de naissance constant une filiation cependant reconnue". *Recueil Dalloz*. 8 juillet 2010, n.º 26, pp.1683-1687.

DEECH, RUTH. "Reproductive tourism in Europe: infertility and human rights". *Global Governance*. Vol. 9, núm. 4, oct. 2003, pp. 1-7.

DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M. "Sistema de Derechos fundamentales", Thompson Civitas, Cizur Menor. 4.ª ed. 2014. p. 470.

FARNÓS, E. “Filiación derivada de reproducción asistida. Voluntad y biología”. *Anuario de Derecho civil*. En prensa.

FULCHIRON, H-BIDAUD-GARON, C. “Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts “Labassée” et “Mennesson” de la CEDH du 26 juin 2014”. *Recueil Dalloz*, n.º 31, 18 setembre 2014, pp. 1773-1782.

GODOY, M. OLAYA. “Regulación del contrato de subrogación uterina: protección del bien público e interés privado” en MARÍA J. ROCA, coord. *Derecho público y Derecho privado: diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de recíproca influencia*. Iustel, Madrid, 2015, pp. 223-255.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Questions de Droit International Privé concernant le Statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*. Doc. N.º 11, marzo 2011.

HENRICOT, C. “Belgique” en Monéger, dir. *Gestation pour autrui: surrogate Motherhood*. XVIII Congrès, Washington D.C. les 25-31 juillet 2010. Société de Legislation Comparée, París 2011, pp. 49-84.

JÄNTERA-JAREBORG, M. “Parenthood for Same-Sex Couples. Scandinavian Developments”, en Bœle-Wöelki-Fuchs. *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives*. 2.º Ed. Intersentia, 2012, pp. 191-223.

MONÉGER. “Rapport de synthèse” . Monéger, dir. *Gestation pour autrui: surrogate Motherhood*. Société de Legislation Comparée. París, 2011, p. 9-25.

PARLAMENTO EUROPEO . *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Directorate General for International Policies. Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs. European Parliament, 2013.

PARRÓN CAMBERO M.ª J. “Vientre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley* n.º 8269, 12 de marzo de 2014.

PETIT, C. “Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger”. *Recueil Dalloz*. 17 octobre 2013, n.º 35, pp. 2377-2384.

PERRON, “Les solidarités entre générations et la transmission familiale”. *Les solidarités entre générations*.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada". *Indret* 3/2009.

ROCA TRÍAS. *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

ROCA TRÍAS. "El Dret de família com a dret de llibertat i de llibertats". *R.J.C.* en prensa.

SCHAMPS, G-SOSSON, J. (coord.). *La gestation pour autrui: vers un encadrement?* Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 240-283.

TOBIN. "To prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?". *Melbourne Legal Studies Research Paper*. N.º 689, pp. 2-3. <http://ssrn.com>. *This paper was first published in the International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 2, 2014.

VELA SÁNCHEZ. "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 26 de junio de 2014". *Diario La Ley*. N.º 8415, de 6 de noviembre de 2014, pp. 1-12.

VERSCHELDEN-PLUYM. "Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)", en Schamps-Sosson. *La gestation pour autrui: vers un encadrement?* Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 195-212.

VONK, M- BŒLE-WŒLK, K. "Surrogacy and Same-Sex Couples in the Netherlands". En Bœle-Wœlk-Fuchs, *Legal Recognition*, cit.

La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados

IVÁN HEREDIA CERVANTES

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado (UAM)

Resumen

El acceso al Registro Civil español de los nacimientos de niños nacidos en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución es una cuestión especialmente controvertida como consecuencia del tenor literal el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, y diversas resoluciones judiciales se mostraban favorables a esta posibilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una sentencia muy discutible, cerró la puerta a esta posibilidad al considerar que plantea una vulneración del orden público español. Seis años después de la primera resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta materia, su tratamiento en el ordenamiento español resulta más incierto que nunca.

Abstract

Access to the Spanish Civil Registry of children born abroad through the technique of assisted reproduction is a very controversial topic because of the wording of Article 10.1 of the Spanish Act 14/2006 on Assisted Reproduction Techniques, which states the nullity of surrogacy agreements. The Directorate General of Registries and Notaries (DGRN), an administrative body of the Ministry of Justice, and several judicial decisions were in favour of the registration of affiliation in these cases. However, a very debatable judgment of the Spanish Supreme Court objected to this solution alleging that it implied an infringement of the Spanish public policy.

Six years after the first decision of the DGRN on this topic, the Spanish regulation on foreign surrogacy is more uncertain than ever.

Palabras clave

Gestación por sustitución internacional, reconocimiento, orden público, interés superior del menor.

Key words

Foreign surrogacy, recognition, public police, best interest of the child.

Sumario

1. Introducción y precisiones previas: ¿a qué cuestiones se han enfrentado nuestras autoridades hasta la fecha?
2. ¿Qué sucedió hasta la STS de 6 de febrero de 2014?
 - 2.1 El comienzo de todo: la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.
 - 2.2 La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y su aplicación por la DGRN.
 - 2.3 La posición de la jurisprudencia.
3. La STS de 6 de febrero de 2014.
 - 3.1 Los argumentos del Tribunal Supremo.
 - 3.2 Valoración crítica de la Sentencia.
 - 3.2.1 La supuesta irrelevancia de la naturaleza del título inscribible.
 - 3.2.2 La incorrecta configuración de la cláusula de orden público.
4. El ATS de 2 de febrero de 2015 y la interpretación de la jurisprudencia del TEDH.
 - 4.1 Las Sentencias del TEDH Menesson y Labassee.
 - 4.2 Los argumentos del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.
 - 4.3 La valoración del Auto.
5. La Ley del Registro Civil de 2011 y la gestación por sustitución.
6. Conclusiones
7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES PREVIAS: ¿A QUÉ CUESTIONES SE HAN ENFRENTADO NUESTRAS AUTORIDADES HASTA LA FECHA?

1. Cuando el 6 de febrero de 2014 el Tribunal Supremo dictó su primera resolución sobre la inscripción de relaciones de filiación declaradas en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución, cualquier persona mínimamente conocedora de la materia podía intuir que, lejos de poner punto y final a una de las cuestiones más controvertidas a las que se han enfrentado nuestros tribunales en los últimos años, nos encontrábamos ante una resolución que iba a suponer, tanto por la solución que alcanza como por la argumentación que emplea, un aumento exponencial de la polémica que rodea esta materia. A fecha de hoy, transcurridos más de seis años desde la primera resolución de la DGRN sobre esta materia (18 de febrero de 2009), no creo que resulte exagerado afirmar que las dudas que plantea esta cuestión en nuestro país, no solo han desaparecido sino que han aumentado sustancialmente.
2. Pese a todo, es justo reconocer en descargo de nuestras autoridades que su tarea no resulta en absoluto sencilla. España no es el único país en el que la figura de la gestación por sustitución y, más en concreto, el reconocimiento de supuestos de gestación por sustitución constituidos en el extranjero, resulta una cuestión conflictiva y las heterogéneas posturas mantenidas por nuestra doctrina y nuestras autoridades judiciales y extrajudiciales, dan clara muestra de ello. Posiblemente pocas figuras susciten hoy en día mayor polémica que la gestación por sustitución, es decir, la renuncia de una mujer (la madre gestante), antes o después del parto, a la maternidad del niño o niños que dé a luz a favor de otra u otras personas (los comitentes). La controversia que rodea a esta figura se aprecia también en la división existente en el Derecho comparado a la hora de afrontar su regulación. En un gran número de Estados, o bien se encuentra prohibida o bien se declara la nulidad de los contratos en los que se estipula la renuncia a la filiación de la madre gestante (y en su caso del cónyuge) a favor del padre o los padres comitentes. Es más, en ciertos sistemas legales se establecen sanciones penales para los sujetos que participen o puedan mediar en su celebración. Entre estos Estados se incluye Alemania, un estado en el que dicha prohibición no ha impedido sin embargo la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el

extranjero a partir de esta técnica por parte del Bundesgerichtshof (BGH)¹. Sobre esta resolución nos centraremos con detalle a lo largo del trabajo. Finalmente en otros ordenamientos la gestación por sustitución está admitida, generalmente bajo la condición de que no tenga fines comerciales y simplemente se compense a la madre gestante por los perjuicios o molestias que pudiera suponerle el embarazo².

En cuanto a España, la regulación de la gestación por sustitución se limita a los tres apartados del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El artículo 10.1, es una norma de contenido similar al artículo 16-7 del Código Civil francés, cuyo tenor literal simplemente declara la nulidad de pleno derecho de los

¹ Sentencia del BGH de 10 de diciembre de 2014 (la resolución puede consultarse en la siguiente dirección: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>

² Con relación al tratamiento de la gestación por sustitución en el Derecho comparado pueden consultarse los trabajos de: ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N.º 2, pp. 5-49, pp. 40-42 (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>); LAMM, E., «Gestación por sustitución», *InDret*, 3/2012, pp. 11-17; MONÉGER, F., «La gestation pour autrui», *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, pp. 233-244; TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P., «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», en *Journal of Private International Law*, n.º 7, 2011, págs. 627-647; de los mismos autores, «General Report on Surrogacy», *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, 2013, pp.. 439-550; OREJUDO, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución», en NAVAS NAVARRO, S. (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 465-516, pp. 471-472, y la bibliografía allí citada; QUIÑONES, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 9-12; SCOTTI, L.B., «El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas», *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, esp. pp. 280-283, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-cilmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>; STRUYCKEN, A.V.M., «Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?» *Convergence and divergence in Private International Law*, *Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372. En cuanto a la regulación contemplada en los diferentes Estados de EE.UU. y, en especial, en California, puede consultarse FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California: Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, pp. 7-12. Junto a los trabajos señalados, resulta esencial la consulta del Informe Preliminar de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de gestación por sustitución, de 10 de marzo de 2012.

contratos de gestación por sustitución, si bien, existe una diferencia de especial relevancia entre ambas, ya que al contrario de lo que acontece con la norma española, el artículo 16.7 es considerado expresamente como una norma de orden público (artículo 16.9 *Code Civil*)³. El artículo 10.2 de la Ley 14/2006 es una regla de atribución de la maternidad a la madre gestante. Y finalmente el artículo 10.3 parece disociar los aspectos contractuales de los relativos a la filiación y deja a salvo la posibilidad de ejercer la acción de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

3. Las grandes diferencias existentes a la hora de regular la gestación por sustitución han supuesto un sustancial incentivo para el desarrollo del llamado «turismo reproductivo», al animar a nacionales de los países en los que esta figura se encuentra prohibida o sometida a grandes restricciones a acudir a Estados que la admiten y a contratar los servicios de mujeres nacionales o residentes en estos Estados con el objetivo de que, una vez nacido el niño y declarada la relación de filiación por las autoridades extranjeras, esta pueda ser reconocida en el Estado de la nacionalidad o la residencia de los padres comitentes.

Entre los «destinos» preferidos en el mundo se encuentra California y, precisamente, en el supuesto que dio origen a la STS de 6 de febrero de 2014 los padres comitentes optaron por desplazarse a este Estado de EE.UU. Los motivos que subyacen tras el «éxito» de California como polo de atracción de sujetos que desean recurrir a la gestación por sustitución posiblemente no sólo residan en el amplio marco de seguridad jurídica de que goza esta figura, y en la existencia de una desarrollada «industria» dedicada a la promoción de esta práctica, sino también en el hecho de que, a diferencia de otros Estados que también admiten la gestación por sustitución y que exigen la residencia habitual o el domicilio del padre o los padres comitentes en su territorio, la legislación californiana únicamente requiere que sea la madre gestante quien resida en dicho Estado.

En la mencionada sentencia de 6 de febrero de 2014 el TS desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que a su vez desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. El supuesto tenía su origen en la impugnación por parte del Ministerio

³ Esta diferencia entre el ordenamiento español y el francés resulta por cierto de especial importancia y, como se verá a continuación, debería haber sido tenida en cuenta por nuestro Tribunal Supremo en su auto de 2 de febrero de 2015.

Fiscal de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 en la que se acordó, en contra de la decisión del Encargado del Registro Consular, la inscripción del nacimiento de unos menores mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por la autoridad registral californiana, y donde constaban como padres de los menores los recurrentes.

Tanto la Sentencia de 6 de febrero de 2014, como el posterior auto de 2 de febrero de 2015 en el que el propio Tribunal Supremo resuelve en sentido negativo el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes en casación, cuentan con sendos votos particulares firmados por cuatro magistrados, lo que da prueba del grado de división existente en el seno del Tribunal. Por mi parte, adelanto desde ahora mi desacuerdo con gran parte de los postulados empleados por el TS en ambas resoluciones, en particular en la sentencia. A mi juicio, no ha estado acertado el TS en sus planteamientos, alejados, por cierto, de los empleados tanto por la jurisdicción social, como por algunas resoluciones de la propia jurisdicción civil. Todo lo contrario hay que decir de los votos particulares que acompañan a ambas decisiones, cuya «fineza jurídica», especialmente en el caso de la Sentencia, debo señalar respetuosamente que a mi juicio resulta superior al parecer mayoritario de los magistrados.

4. Para concluir esta introducción, ha de quedar claro que el trabajo que ahora comienza no pretende hacer ni una valoración moral de la gestación por sustitución⁴, ni un estudio general de *lege lata* o de *lege ferenda* sobre la regulación de esta figura en España. Ni siquiera se tiene intención de

⁴ A tal efecto, y sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse: BAUGHMAN, M. H., «In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy», *Columbia Journal of Gender and Law*, 2001, pp. 263 y ss; BROWNE-BARBOUR, V. S., «Bartering for babies: are preconception agreements in the best interests of children?», *Whittier Law Review*, 2004, pp. 429-486; DRABIAK, K., WEGNER, C. FREDLAND, V. HELFT, P. R., «Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2007, pp. 300-309; IGAREDA GONZÁLEZ, N., «La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español n.º 835/2013 sobre la gestación por sustitución», *Revista de Derecho del Genoma Humano*, n.º 40, 2014, pp. 171-191; LANDAU, R., «Israel: Every Person has the Right to Have Children», en BLYTH, E., LANDAU, R., (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londres, Nueva York, 2004, pp. 129-147; RADIN, M., «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1849 y ss.; *vid.* también, de la misma autora, «Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)», *Southern California Law Review*, 1991, p. 341 y ss; SHALEV, C., GOOLDIN, S., «The uses and misuses of in vitro fertilization in Israel: some sociological and ethical considerations», *Nashim: A Journal of Jewish Women's Studies and Gender Issues*, 2006, pp. 151-176: <http://muse.jhu.edu/journals/nashim/v012/12.1shalev.html>.

analizar con carácter global la problemática que para nuestro ordenamiento plantean los supuestos de gestación por sustitución vinculados con más de un Estado, una tarea que, por cierto, ha sido ya ampliamente acometida por nuestra doctrina⁵. Por el contrario, lo único que se pretende es analizar los principales problemas que plantea el reconocimiento en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a las técnicas de gestación por sustitución a través del estudio crítico de la posición que han mantenido nuestras autoridades judiciales y extrajudiciales hasta la fecha sobre esa cuestión.

La acotación del tema del trabajo dentro de estos límites responde a un motivo muy sencillo: hasta la fecha las autoridades españolas no han tenido que enfrentarse a supuestos en los que los padres comitentes o intencionales ejercitasen ante ellas una acción de filiación o acudieran ante nuestras autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento del menor por declaración. Tampoco se ha planteado ninguna cuestión relativa al propio acuerdo de gestación por sustitución (v.gr., la exigencia del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el acuerdo). Por el contrario, nuestras autoridades únicamente han debido

⁵ Al margen de los ya señalados, pueden consultarse, entre otros: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. CARRIZO AGUADO, D., Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?, *La Notaría*, núm. 2, 2014, pp. 59-75; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009»; GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero. Hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)»; de la misma autora, «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2011: «El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55; HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la Gestación por sustitución», *ADC*, T.LXVI, 2013, fasc. 2, pp. 687-715, pp. 693-695; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.M., «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, pp. 289-329.

Asimismo, fuera de la doctrina española, un exhaustivo estudio sobre los principales problemas que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida a las soluciones «clásicas» del Derecho internacional privado puede encontrarse en GREEN, S. B., «Interstate Intercourse: How modern assisted reproductive Technologies challenge the traditional realm of conflict of laws» (disponible en http://works.bepress.com/sonia_green/1); TONNOLO, S., La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 50, N.º 1, 2014, pp. 81-104; TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level», *Journal of Private International Law*, 7. 2011, pp. 627-647.

enfrentarse a situaciones en las que se pretendía el reconocimiento en España de las relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas previamente ante una autoridad extranjera, bien para obtener algún tipo de beneficio social, bien, tal y como acontecía en el supuesto que dio origen a la resolución de la DGRN posteriormente anulada por el TS, para lograr su inscripción registral.

5. Esta precisión resulta especialmente importante ya que, sin que proceda ahora detenerse en glosar las diferencias entre el método conflictual y el método del reconocimiento a la hora de dar efecto en un Estado a las situaciones establecidas previamente en otro⁶, es necesario tener presente que en todos aquellos casos en los que se pretenda la inscripción en España de relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas ya ante una autoridad extranjera, las autoridades del Estado de origen previamente habrán aplicado un determinado ordenamiento jurídico para constatar si realmente se verificaron en su momento todas las condiciones necesarias para atribuir la paternidad a los comitentes. Ello supone que «lo único» que deberán hacer nuestras autoridades registrales es determinar si se permite que esta despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas que regulan la eficacia registral de dichos títulos en nuestro país, contenidas básicamente en el artículo 23 de la vigente Ley del Registro Civil de 1957 (en adelante, LRC 1957) y en los artículos 81 y 83-85 de su Reglamento (en adelante, RRC)⁷. Por el contrario, el recurso a la normativa conflictual solo debe ser posible cuando lo que se persiga de nuestras autoridades registrales no sea la obtención de una «tutela por reconocimiento» sino una «tutela declarativa» y se pretenda la inscripción del nacimiento mediante declaración, a través del ejercicio de la acción de filiación o mediante la notoriedad de la posesión de Estado. En tales casos, al contrario que en los anteriores, no se trata de decidir si se permite la

⁶ Para tal cometido puede consultarse: MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573; PAMBOUKIS, Ch., «La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2008, pp. 513-560.

⁷ Vid. en este sentido: ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377, pp. 366-367; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, pp. 299-307; CUNIBERTI, G., «Nota a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de octubre de 2007, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; GUZMÁN ZAPATER, M., Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, pp. 734-735; HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General ...», *op. cit.*, pp. 693-695; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, pp. 476-480.

continuidad en España de una relación de filiación establecida en el extranjero sino de determinar si realmente existe tal relación, por lo que el Encargado del Registro Civil sí deberá acudir a un determinado ordenamiento nacional, previo paso por la norma de conflicto, para constatar tal circunstancia. Cuestión distinta, como se verá a continuación, es que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida pueda ser invocado de forma indirecta al aplicar las reglas sobre reconocimiento e inscripción de documentos extranjeros por considerar que es una norma que junto a otras integra el contenido del orden público español en este ámbito.

En el caso concreto de la inscripción a partir de certificaciones registrales extranjeras, que es el supuesto que se planteó ante el TS, las normas a tener en cuenta se contemplan todavía hoy, debido a la polémica ampliación de la *vacatio legis* de la nueva Ley del Registro Civil de 2011 (desde ahora, LRC 2011), en el artículo 23 de la LRC 1957 y en los artículos 81 y 85 RRC. Como consecuencia del juego combinado de ambos preceptos, la inscripción en España de estos títulos se somete a un triple requisito: a) que exista total certeza sobre la realidad del hecho inscrito; b) que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española; y c) que no exista duda de la legalidad del hecho inscrito conforme a la ley española. Este último imperativo además, y esto también lo señala de forma acertada el TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, no puede entenderse como una absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación sino como una ausencia de contradicción con el orden público internacional español.

2. ¿QUÉ SUCEDIÓ HASTA LA STS DE 6 DE FEBRERO DE 2014?

2.1 El comienzo de todo: la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

6. La resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que posteriormente anuló el TS tiene su origen en el recurso planteado por una pareja de dos hombres de nacionalidad española ante el Registro Consular de Los Ángeles. El encargado del Registro denegó la inscripción de los certificados de nacimiento estadounidenses en los que constaba la paternidad a favor de los recurrentes de dos niños mellizos nacidos de una madre subrogada en California a partir de material genético de uno de los recurrentes y de óvulos de donante anónima. El principal argumento

en el que se fundamentó la denegación fue el ya mencionado artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, más en concreto, su apartado 1.º, en el que se declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

La DGRN, sin embargo, estimó el recurso interpuesto frente a la resolución del Encargado del Registro consular y procedió a la inscripción del certificado de nacimiento. La argumentación del Centro Directivo partía de un presupuesto al que se acaba de hacer referencia: la inscripción de un título extranjero que acredite una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución no plantea un problema de determinación del Derecho aplicable a la filiación (por lo que la aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006 por remisión del artículo 10.4 CC debería ser descartada), sino un problema de «validez extraterritorial de decisiones». Asumida esta idea, la DGRN identificó el título extranjero cuya inscripción se pretendía –una certificación registral californiana– y tras considerar que constituía título suficiente para el acceso al Registro español y que con su inscripción no se produciría una vulneración del orden público español, admitió su inscripción.

7. La Resolución de 18 de febrero de 2009 se enfrentó a un rechazo prácticamente unánime de la doctrina⁸, a salvo de una única y apasionada excepción⁹. Y lo cierto es que existían motivos para oponerse a sus postulados, aunque, tal y como veremos a continuación, dichos motivos no son los que empleó el Tribunal Supremo. El principal, sobre el que ya me he centrado con profusión en otro lugar¹⁰, exige una breve descripción de la regulación californiana sobre gestación por sustitución, una regulación que se encuentra diseminada a lo largo de diversas disposiciones del Código de Familia de este Estado («California Family Code»), que ha sido recientemente actualizada mediante una reforma que

⁸ Vid entre otros muchos: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, pp. 347-354; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Hijos made in California», AC, núm. 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411; ESPINAR VICENTE, J. M.ª, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley», en *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea*, *Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 589-604, esp., pp. 589-599; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, *passim*. e id., «Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217.

⁹ CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Gestación por sustitución ...*, *op.cit.* *passim*.

¹⁰ HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General ...», *op. cit.*, pp. 703-705

entró en vigor el 1 de enero de 2013, y que inicialmente fue impulsada de forma decisiva por la jurisprudencia. El procedimiento para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución encuentra su paso necesariamente por la obtención de una decisión judicial, previa al nacimiento, que tiene su origen en un procedimiento destinado a destruir la presunción de maternidad de la madre gestante. En dicho procedimiento se homologa el contrato de maternidad subrogada previamente preparado por un tercero, tercero que generalmente será una agencia privada que pondrá a disposición de los padres solicitantes los medios jurídicos y médicos que resulten necesarios para ejecutar el acuerdo de gestación por sustitución, y se constata el libre consentimiento de la madre gestante y el perfecto conocimiento por parte de esta del alcance de sus actos. El procedimiento judicial concluye con una decisión por medio de la cual se declaran extintos los derechos de la madre gestante y, en su caso, de su marido, y se atribuye la paternidad al padre o a los padres intencionales («pre-birth judgment», art. 7633 del «California Family Code»). Asimismo, es esta decisión judicial la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, donde ya no consta referencia alguna a la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a esta y sí al padre o padres intencionales.

Como puede comprobarse, cuando la Resolución de 18 de febrero de 2009 admitió la inscripción a partir de la certificación californiana, ignoró por completo que es la resolución judicial la que convalida y atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, la que establece la relación de filiación a favor de los nacionales españoles y excluye la de la madre gestante (y en su caso, la de su cónyuge) y la que acredita que esta emitió libremente su consentimiento y era plenamente consciente de las consecuencias de sus actos. Y se ignoró también que la certificación constituye un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes. Como puede comprobarse, resulta difícil acomodar esta circunstancia al requisito de que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en la certificación registral extranjera o al control del orden público que exige la regulación registral¹¹.

¹¹ Una cuestión que podía plantear ciertas dudas es la posible incompetencia del Registro Consular de Los Ángeles para proceder a la inscripción de los mellizos a la luz de lo señalado en el artículo 68.2 RRC, precepto según el cual, «Cuando sea competente un Registro

2.2 La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y su aplicación por la DGRN

8. Pocos días después de la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia del Juzgado de primera instancia n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN modificó su posición inicial a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010), una Instrucción que, pese a su título omnicomprensivo, limita su ámbito de aplicación únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación derivada de gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera.

Consular, si el promotor estuviere domiciliado en España, deberá practicar antes la inscripción en el Registro Civil Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente» 34. En el supuesto que dio origen a la Resolución de 18 de febrero de 2009, los padres comitentes estaban domiciliados en España, motivo por el cual podría sostenerse la necesidad de realizar la inscripción inicialmente en el Registro Civil Central 35. Sin embargo, tal y como ha señalado la propia DGRN con relación a la inscripción de adopciones internacionales constituidas ante autoridad extranjera –un supuesto que presenta evidentes analogías con el problema que estamos analizando–, a la hora de interpretar la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil es necesario partir de un *concepto amplio de la figura del promotor de la inscripción* que va más allá del padre o de la madre comitente.

Es cierto que en los casos de adopciones internacionales constituidas por adoptante/s español/es a favor de menores extranjeros y ante autoridades extranjeras se había entendido tradicionalmente que el promotor de la inscripción no es el adoptando sino los padres adoptantes, que generalmente estarán domiciliados en España, lo que en aplicación del párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil podría dar a entender que la competencia corresponde al Registro Civil Central, y no al Consular. Sin embargo, el Centro Directivo, a partir del concepto amplio y flexible de «promotor» por el que apuesta el artículo 24 de la Ley del Registro Civil y que incluye en el mismo no solo a las personas especialmente designadas por la Ley en cada caso como obligados a promover la inscripción (en el caso del nacimiento todos los mencionados en el art. 43 LRC), sino también a «aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible» (n.º 2), esto es, en el caso del nacimiento y de la adopción, el nacido y el adoptando– ha afirmado en la respuesta a la Consulta de 29 de abril de 1999 que el promotor, al solicitar las inscripciones de nacimiento y de adopción actúa no tanto en su nombre propio, sino como representante legal del adoptado. Ello supone que, en realidad, el adoptando no deja de ser promotor de las inscripciones, aunque por su menor edad no pueda actuar por sí mismo. A la luz de esta argumentación la DGRN consideró que no se infringe el párrafo 2.º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil cuando estando el adoptando domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de adopción en el Registro Consular correspondiente. Este criterio hermenéutico fue confirmado por la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales), y no debe existir problema alguno para extenderlo a la gestación por sustitución.

La DGRN estableció en primer lugar, como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por un tribunal competente de acuerdo a criterios equivalentes a los contemplados en nuestras reglas de competencia judicial internacional, en la que se determinase la filiación del recién nacido¹².

9. La posición adoptada por la DGRN suscitó una serie de críticas doctrinales al entender que la Instrucción vulneraría normas de rango superior como los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC. Se entendía que, dado que estos preceptos permiten la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero a través de la presentación de una certificación registral extranjera, si la DGRN mediante una instrucción impidiese tal posibilidad estaría modificando *de facto* dichos preceptos sin, lógicamente, tener competencia para ello¹³.

¹² En contra de este requisito se ha señalado que con él «se pretende imponer al resto del mundo los criterios de competencia de los tribunales españoles» y que «arranca del presupuesto falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española» (CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas ...», *op. cit.*, pp. 254-256). La crítica resulta, no obstante, cuando menos desconcertante. La Instrucción únicamente refleja la posición unánimemente seguida por nuestra jurisprudencia (*vid.*, por todos, ATS de 25 de marzo de 2003) y la doctrina más autorizada (VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª Ed. Madrid, 2007, pp. 620-621), que incluso ha sido recogida en la redacción del artículo 96.2 de la nueva Ley del Registro Civil. Evidentemente no se trata de imponer al Estado de origen que base su competencia en foros idénticos a los españoles. Por el contrario, lo que señala la Instrucción es que el tribunal de origen hubiera basado su competencia en reglas *equivalentes* a las nuestras. Lo único que se pretende con este requisito es garantizar que, dado que en nuestro ordenamiento los foros de competencia judicial internacional responden al principio de *proximidad razonable* –único modo de garantizar en sede de reconocimiento el respeto al art. 24 de la CE– la atribución de competencia realizada en el Estado de origen responda al mismo presupuesto, evitando de este modo el reconocimiento de resoluciones extranjeras dictadas bajo la cobertura de foros exorbitantes o, incluso, la vulneración de nuestros foros exclusivos (*vid.* para este ámbito ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., «Gestación ...», *op. cit.*, p. 363; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *Reconocimiento ...*, *op. cit.*, núm. 17). De hecho la crítica se entiende todavía menos cuando estos mismos autores en el mismo trabajo reconocen que la DGRN al utilizar la expresión «criterios equivalentes, no estaría exigiendo que los criterios de competencia utilizados por la autoridad extranjera fueran idénticos a los españoles sino simplemente que se basen en el principio de proximidad razonable (p. 256).

¹³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, p. 358-359; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*,

10. Tales críticas, sin embargo, parecen difícilmente aceptables. Basta con recordar que *lo que establece en realidad el juego combinado de los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC es que las certificaciones registrales extranjeras son un título válido para practicar una inscripción en el Registro Civil español, no que todas las certificaciones registrales extranjeras sean título válido para practicar la inscripción*. Como se acaba de ver, nuestro ordenamiento somete la inscripción en virtud de certificaciones extranjeras a un elenco de requisitos, requisitos que la DGRN, dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta en virtud del artículo 9 LRC 1956 y 41 RRC, estaba perfectamente legitimada para identificar a través de una instrucción y siempre *en interpretación de la realidad vigente y con vistas únicamente a establecer las pautas de actuación de los Encargados del Registro Civil en esta materia*, en qué supuestos concretos no procedía considerar como título inscribible una certificación extranjera¹⁴.

Y realmente existían motivos de peso para que la DGRN considerase que en los supuestos en los que no existiese una previa resolución judicial, la filiación establecida ante autoridades extranjeras y que derivase del recurso a la gestación por sustitución no debería tener acceso a nuestro Registro. Por lo pronto no debe olvidarse que una de las condiciones a las que someten la inscripción de una certificación registral extranjera tanto los artículos 23 LRC 1956 y 85 RRC en la actualidad como los artículos 30.2 y 98.3 de la LRC 2011 cuando entre en vigor la nueva Ley, someten la inscripción de una certificación registral extranjera es que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en ella. Sin embargo, lo cierto es que en las certificaciones registrales extranjeras presentadas hasta la fecha ante la DGRN y emitidas tanto en Estados en los que existe una previa resolución judicial –el caso ya mencionado de California es el mejor ejemplo de ello–, como en los que tal resolución no existe, p.ej. Rusia, India, Ucrania, ni siquiera dan cuenta del hecho de que la relación de filiación tenga su origen en un supuesto de gestación por

núm. 1, 2011, pp. 247-262, esp. pp. 251-252; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.: «Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 6/2011, 9 de septiembre., pp. 15-15; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Mº. V. «La inscripción de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, V (2012), pp. 365-368, p. 376-377; LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario La Ley*, (Sección Doctrina), n.º 7777, enero de 2012 (La Ley 22179/2011), p. 12 VELA SÁNCHEZ, A.J.: «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España». A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. en *Diario La ley* (Sección Doctrina), n.º 7815, marzo de 2012 (La Ley 2208/2012), p. 1.

¹⁴ En similares términos, GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación ...», *op. cit.*, pp. 740-741.

sustitución, algo que, además, constituye un serio menoscabo del derecho de los hijos a conocer su origen biológico (artículo 39.2 CE)¹⁵ y que impide constatar si realmente se respetaron los derechos de la madre gestante (p.ej., si su maternidad realmente respondió a una decisión libremente aceptada) o, incluso, si los consentimientos prestados son revocables. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes. Parece evidente que a la luz de este panorama cualquier atisbo de realidad de los datos recogidos en la certificación registral extranjera resulta una mera entelequia¹⁶.

Por supuesto, la realidad es muy variada y siempre se podrá decir que en el futuro podría encontrarse un modelo de certificación registral adoptado en uno de los países que hoy en día admiten la gestación por sustitución que cumpla todos los requisitos antes apuntados. Ahora bien, no creo que ello sirviera para deslegitimar la solución seguida por la DGRN, en especial si se tiene en cuenta la peculiar naturaleza jurídica de una instrucción interna como la que estamos analizando. Al margen de que se trata de una mera regla de servicio de contenido general que el superior jerárquico dicta dentro del marco de su potestad organizativa con efectos *ad intra* y que, por tanto, ni posee eficacia constitutiva directa sobre los

¹⁵ *Vid.*: QUESADA GONZÁLEZ, M.C., «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico» *Anuario de Derecho Civil*, 1994, Vol. II, pp. 237-304; GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Derecho privado y Constitución*, 2007, núm. 21, pp.167-228.

¹⁶ Además, de la inexistencia de dudas sobre la *realidad* del hecho inscrito, el artículo 23 LRC exige que tampoco haya dudas sobre su *legalidad* conforme al Derecho español. Nuestros tribunales han concebido este precepto como una remisión al ordenamiento material español y ello les ha llevado a negar la posibilidad de inscribir una certificación registral extranjera que acredite una relación de filiación derivada de gestación por sustitución al entender que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 prohíbe esta práctica en España (*vid.* las ya citadas sentencias del JPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y de la AP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que confirma la anterior). En principio esta interpretación constituiría un nuevo argumento a favor de la postura seguida por la DGRN en la Instrucción, es decir a favor de excluir la certificación registral como título inscribible. Sin embargo, y para ser sincero, el razonamiento seguido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial me parecen muy discutibles. Al margen de que la remisión del artículo 23 LRC debe entenderse, no como una remisión al ordenamiento sustantivo español sino a *todo* nuestro ordenamiento, incluyendo la normativa conflictual, el mencionado precepto no es en realidad una norma prohibitiva sino una regla de contenido meramente obligacional que se limita a señalar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución (*vid.* con más detalle *infra* núm. 19). En realidad, la única consecuencia que se atribuye a la gestación por sustitución en el artículo 10 (apartado 2.º) es que la filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto (en similares términos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 356).

terceros (no obligan ni son oponibles a terceros), ni es habilitante (no crea potestades que incidan sobre la esfera jurídica de los terceros), el único objetivo de una instrucción consiste en condicionar la actividad de los dependientes jerárquicos aportando criterios generales claros y precisos de acuerdo a los cuales interpretar una determinada norma o afrontar una determinada cuestión a la luz de la problemática existente en el momento de dictar la Instrucción.

Es cierto que esa vocación de generalidad y esa «actualidad» que subyace bajo una instrucción de alguna manera la «petrifica», de suerte que podría suceder que en el futuro llegaran a suscitarse situaciones específicas a las que la Instrucción no otorgase una respuesta adecuada. Ahora bien, en el improbable caso de que se presentara ante nuestras autoridades registrales una certificación registral extranjera dictada en un determinado Estado en la que la información en ella recogida reflejara la existencia previa de un supuesto de gestación por sustitución, la identidad de la madre biológica, la ausencia de coacción en el consentimiento, la irrevocabilidad de los consentimientos, etc., el sistema es lo suficientemente flexible como para posibilitar finalmente la inscripción (p.ej., a través de las consultas que el Encargado del Registro pudiera dirigir a la DGRN sobre el supuesto particular, mediante una modificación de la Instrucción que permitiera inscribir las certificaciones provenientes de ese Estado concreto o, en último extremo, mediante el recurso ante la propia DGRN¹⁷⁾.

11. La Instrucción perseguía dos objetivos esenciales. El primero era lograr la plena protección jurídica del interés superior del menor, y para ello recurrió a tres instrumentos. De un lado, se pretendió habilitar los medios necesarios para que la filiación tuviera acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores fuera de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar se intentaba evitar que con la inscripción registral se dotase de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trataba de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, tal y como contempla el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989,

¹⁷ A menos que prospere la ya mencionada reforma de los registros públicos contemplada en el Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros Públicos, que excluye de forma absolutamente injustificada cualquier tipo de recurso administrativo frente a las decisiones del Encargado del Registro Civil (también frente a las calificaciones de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes inmuebles) y obliga a acudir directamente a la vía judicial.

artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Junto al «interés superior del menor», el segundo objetivo que perseguía la Instrucción era asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, garantizando, tal y como se verá a continuación, que otorgaron su consentimiento con total libertad y que tras el supuesto no se encubre ningún caso de explotación de mujeres (*Vid. Exposición de Motivos*).

12. La DGRN, coherentemente con la postura seguida hasta la fecha por nuestro TS, diferenció además en atención a la naturaleza del procedimiento que hubiera dado lugar a la resolución judicial extranjera. En el caso de que esta tuviera su origen en un procedimiento de naturaleza contenciosa debería acudirse al reconocimiento a título principal de la resolución extranjera, mientras que si el procedimiento extranjero fuera equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, la inscripción no quedaría sometida a dicho requisito, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción, tal y como ha proclamado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. La Instrucción, no obstante, se separa de la posición tradicional del TS¹⁸, una posición fuertemente criticada por la doctrina¹⁹, y en lugar de exigir que el Encargado del Registro realice un reconocimiento conflictual de la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria²⁰, apuesta por un reconocimiento de naturaleza procesal, independiente de las normas de conflicto, tal y como sucede con el resto de resoluciones judiciales²¹.

A la hora de realizar este reconocimiento incidental, y ante la inexistencia de norma expresa al respecto, la DGRN consideró que la solución más razonable consistía en aplicar analógicamente, dentro de las limitaciones

¹⁸ *Vid.*, entre otras, AATS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1999 (RJ 9912), 18 de julio de 2000 (RJ 7140), 4 de septiembre de 2002 (RJ 238646) y 31 de julio de 2003 (RJ 6266).

¹⁹ *Vid. v.gr.* VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª Ed. Madrid, 2007, pp. 712-713.

²⁰ La apuesta por un reconocimiento conflictual significa que solo se van a reconocer las resoluciones extranjeras que hubieran sido dictadas por el Estado cuya ley fuese aplicable por nuestras normas de conflicto (siempre que, además, se verifiquen los requisitos contemplados en el art. 323 LEC). Con más detalle, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho*, *op. cit.*, pp. 542-544.

²¹ Parecen mostrarse favorable a esta opción, DE MIGUEL ASENSIO, P., «La Instrucción de la DGRN de 10 de octubre de 2011» (<http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es>) y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 360-361.

del procedimiento registral, las condiciones a las que se somete el reconocimiento a título principal contempladas en la LEC 1881, ajustando tales condiciones a la naturaleza de este tipo de resoluciones. Ello supuso el control de cuatro circunstancias: autenticidad de la resolución, eficacia y carácter definitivo de esta, competencia judicial internacional de la autoridad de origen y, finalmente, no contrariedad con el orden público español. La DGRN hizo suyos estos imperativos y señaló que solo cabrá el reconocimiento incidental de la resolución extranjera como exigencia previa a la inscripción cuando el Encargado del Registro constate: a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado; c) que el Tribunal de origen basó su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

13. En cuanto al cuarto requisito al que nuestra normativa interna somete el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: la ausencia de contradicción con el orden público español, la DGRN lo adaptó al ámbito de la gestación por sustitución. O, para ser más exactos, identificó los elementos esenciales que integrarían la cláusula de orden público en este ámbito, a fin de que los Encargados del Registro los tuvieran presentes en su tarea y los valorasen *in casu* ante cada supuesto que pudiera planteárseles. La Instrucción concretó en primer lugar el orden público procesal al exigir que se constate el respeto a los derechos procesales de los sujetos involucrados y, en particular, de la madre gestante, y a continuación enumeró los elementos esenciales que integran el orden público material en este ámbito, al demandar del Encargado del Registro que constate que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor –fundamentalmente mediante la comprobación de que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados no son revocables– y de los derechos de la madre gestante, lo que pasa necesariamente por verificar que tenía capacidad natural suficiente y que su consentimiento se obtuvo de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia.

Tras la aprobación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y hasta que el TS dictó su primera sentencia sobre esta materia, se han inscrito multitud de resoluciones judiciales extranjeras y la DGRN ha resuelto un elevado número de recursos frente a la negativa del Encargado del

Registro Consular o incluso del Registro Civil Central aplicando las directrices contempladas en la propia Instrucción. La mayor parte de los recursos fueron estimados y todos tienen su origen en supuestos de gestación por sustitución provenientes de EE.UU y en su mayoría de California. Por el contrario, la DGRN también ha desestimado algunos recursos frente a resoluciones denegatorias en supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en otros Estados como la India, basándose en la inexistencia de una resolución judicial previa en la que se acredite la homologación por parte de un juez del contrato de gestación por sustitución y se determine la filiación a favor del padre o padres comitentes, así como la ruptura de cualquier vínculo con la madre gestante y, en su caso, con su cónyuge.

2.3 La posición de la Jurisprudencia

14. Hasta la STS de 6 de febrero de 2014 nuestros tribunales habían mostrado, con carácter general, una posición favorable hacia las relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir del recurso a la gestación por sustitución.

En el caso concreto de la jurisdicción laboral, los órganos jurisdiccionales españoles están reconociendo beneficios sociales a los padres comitentes al amparo del artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social. De este modo, el TSJ de Asturias ha reconocido un permiso de maternidad para la madre intencional²², y el TSJ de Madrid ha concedido una pensión de maternidad a uno de los cónyuges de un matrimonio homosexual que previamente habían inscrito en nuestro Registro Civil la filiación de un menor tras recurrir a una madre subrogada en California²³. Para conceder dicha prestación el TSJ de Madrid consideró que el supuesto era paragonable a uno de acogimiento familiar o de adopción. Similar criterio ha acogido también el TSJ de Cataluña²⁴.

Nuestras autoridades judiciales también se han enfrentado a supuestos en los que se solicitaba, no ya la inscripción de una certificación registral como sucedió en el supuesto resuelto por el TS, sino el reconocimiento a título principal de resoluciones judiciales extranjeras en las que se

²² *Vid.* STSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, Diario La Ley, núm 7963, Sección La Sentencia del día, 13 Nov. 2012, que confirma a su vez la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012.

²³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Secc. 4.^a, de 18 de octubre de 2012.

²⁴ STSJC Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1.^a, en su sentencia de 23 de noviembre de 2012.

constituía una relación de filiación a favor de los padres comitentes. En este caso las decisiones llegan a conclusiones diferentes, si bien coinciden en su endeble armazón argumental. Por un lado, a través de un auto cuyos fundamentos se limitan en realidad a reproducir literalmente la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Madrid) en un Auto de 25 de junio de 2012, ha concedido el reconocimiento a una resolución judicial californiana por la que se declaraba la maternidad de una mujer española que recurrió a la gestación por sustitución en California. Más decepcionante todavía es otro auto de 3 de diciembre de 2012, en este caso de la A.P. de Madrid, en el que se desestima el recurso interpuesto frente al juzgador de instancia, que a su vez había denegado el reconocimiento de la resolución estadounidense. En este caso, el único argumento que se invoca para justificar la denegación es la prohibición de los contratos de gestación por sustitución por el artículo 10 LTRHA y la afirmación en términos absolutamente genéricos de la supuesta vulneración del orden público español que ello supondría.

3. LA STS DE 6 DE FEBRERO DE 2014

3.1 Los argumentos del Tribunal Supremo

15. Como ya se ha avanzado, no comulgo ni con la mayor parte de los argumentos ni con el resultado alcanzado por el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014. No obstante, debe reconocerse que esta resolución tiene el gran mérito de identificar perfectamente el problema al que se enfrentaba y asumir –al contrario que la Audiencia Provincial de Valencia– y de algún sector doctrinal que analizó en su momento la Resolución de la DGRN impugnada²⁵, que en este caso el juego de la normativa conflictual y con ello la aplicación «directa» del artículo 10 de la Ley 14/2006 debía quedar descartada. La Sentencia deja esto claro desde el principio al señalar, por un lado que «*no estamos ante un ‘hecho’ que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España (...) y que deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de*

²⁵ *Vid. v. gr.: CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», Diario La Ley, n.º 7910, Sección Tribuna; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», Diario La Ley núm. 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012; SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución», El Derecho, Boletín de Derecho de Familia, 1 de septiembre de 2012.*

conflicto», y por otro, que «La técnica aplicada no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas».

16. Una vez aislado el ámbito en el que debe ser resuelto el supuesto, el TS identifica la normativa a la que debe acudirse cuando se pretenda la inscripción en España de certificaciones registrales extranjeras: los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil y el artículo 23 de la vigente Ley del Registro Civil, el precepto que ignoró la resolución impugnada. De entre todos estos requisitos es en el orden público donde la sentencia centra toda su batería de argumentos para oponerse a la inscripción de la certificación estadounidense. Para el TS, como no podía ser de otro modo, el orden público debe entenderse, básicamente, como «el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan». Cita de este modo la STC de 23 de febrero de 1989²⁶, así como diversos preceptos constitucionales que regularían los aspectos esenciales del Derecho de familia como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1), el derecho a contraer matrimonio (artículo 32), el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1), el derecho a la integridad física y moral de las personas (artículo 15) y a su dignidad, así como la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección de la familia, la protección integral de los hijos, la igualdad de estos con independencia de su filiación y de las madres cualquiera que sea su estado civil (artículo 39) y la protección de la infancia de acuerdo a los convenios internacionales en vigor en España.

17. Tras exponer el amplio elenco normativo en el que se cimentaría el orden público español, el TS da un paso más y considera que «*las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español*». En la sentencia se utiliza la palabra «integra», pero lo cierto es que de la lectura de la sentencia parece claro que para el Tribunal el artículo 10 LTRHA no es un elemento integrador más de la cláusula de orden público sino *el único* elemento integrador. Dicho de otro modo, el artículo 10 LTRHA sería el precepto en el que cristalizaría el elenco de derechos fundamentales y

²⁶ STC 54/89.

principios que se proyectan sobre este ámbito y el que realizaría la ponderación correcta entre todos ellos. La Sentencia deja clara esta circunstancia al señalar que «*La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y como tal, contraria al orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina*»²⁷.

El TS, no obstante, acepta que en algunos casos pueda realizarse una atenuación del orden público español pero sin embargo considera que en el supuesto objeto del recurso, además de existir una estrechísima vinculación con España (el domicilio de los padres comitentes), las conexiones con EE.UU. eran absolutamente artificiales, motivo por el cual no resultaría posible aceptar dicha atenuación.

18. Los recurrentes consideraban que era posible establecer una disociación entre los aspectos meramente obligacionales y los relativos a la filiación, tal y como solicitaban los recurrentes, de tal modo que las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 10.1 LTRHA solo se proyectarían sobre los primeros pero no sobre los segundos. Ello supondría que, incluso asumiendo que el mencionado artículo 10 integra (o monopoliza) el juego de la cláusula de orden público en este ámbito, este solo se proyectaría sobre los aspectos contractuales, pero no sobre la inscripción de la certificación extranjera en el Registro. Sin embargo el TS rechazó este argumento al entender que lo que pretenden precisamente los recurrentes es la consecuencia del contrato de gestación por sustitución, por lo que rechazan la posible disociación.

19. En cuanto a uno de los argumentos de más peso esgrimido por los padres comitentes: el atentado contra el interés superior de los menores que supondría privar a estos del acceso al Registro de su filiación, el TS enumera diversos textos en los que aparece recogido este principio (el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el artículo 39.2 de la Constitución española y un amplio elenco de sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, para el Tribunal, el interés superior del menor debe ser ponderado en pie de igualdad con otros bienes jurídicos como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o la prohibición de la mercantilización de la gestación y la filiación. Y considera además que la

²⁷ Fto. Tercero 11.

aplicación de este principio ha de hacerse «*para aplicar e interpretar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma*». Añade el Tribunal que «*No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser precedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate legal y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suprirlo*».

Es más, la Sentencia identifica el contenido que un concepto jurídico indeterminado como este debería tener en este tipo de supuestos. De este modo aunque reconoce que la privación de la filiación a los menores podría suponerles inconvenientes, entiende que por encima de los perjuicios que estos pudieran sufrir²⁸, se encuentra su dignidad, que se vería menoscabada si se convirtiera en objeto del tráfico mercantil²⁹.

20. El Tribunal Supremo, no obstante, parece atenuar sus postulados en los últimos párrafos de la sentencia y además de limitar la denegación de la inscripción de la certificación registral extranjera «*a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido*» (sic), considera además que en el caso de que uno de los padres comitentes sea también el padre biológico, podrá reclamar la paternidad en aplicación del artículo 10 LTRHA, al margen de la posibilidad de acudir al acogimiento familiar o a la adopción para formalizar la integración real de los niños en el núcleo familiar³⁰. Es más, insta al Ministerio Fiscal a que «ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*».

3.2 Valoración crítica de la Sentencia

3.2.1 La supuesta irrelevancia de la naturaleza del título inscribible

21. Se ha señalado que la STS de 6 de febrero de 2014 resulta tremadamente discutible por muy diversos motivos, tal y como ya

²⁸ Fto. Quinto 11.

²⁹ Fto. Quinto 8.

³⁰ Fto. Sexto 11.

señalado en trabajos anteriores³¹. En primer lugar, no es posible compartir una de sus afirmaciones iniciales³², según la cual, resulta irrelevante para resolver el supuesto si el título extranjero que debe ser inscrito es la certificación registral o la resolución judicial previamente dictada que homologó el contrato de gestación por sustitución y de la que deriva la propia certificación. Al realizar esta afirmación el Alto Tribunal parece ignorar que es la resolución judicial la que convalida y atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, la que establece la relación de filiación a favor de los nacionales españoles y excluye la de la madre gestante (y en su caso, la de su cónyuge) y la que acredita que esta emitió libremente su consentimiento y era plenamente consciente de las consecuencias de sus actos. Y se ignora también, y esto resulta especialmente grave, que la certificación constituye un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes.

Sorprende, por tanto, que el TS no ponga ningún reparo a la posibilidad de que este tipo de certificaciones registrales puedan acceder al Registro Civil español. De hecho, el argumento más evidente –y seguramente también el único– para denegar la inscripción de la certificación registral extranjera es la imposibilidad de considerar la certificación extranjera como un título inscribible válido en los supuestos de gestación por sustitución, tal y como consideró la DGRN en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Al proclamar la irrelevancia de que el título que se pretenda inscribir sea la certificación registral extranjera o la resolución de la que esta trae causa, se ignora que es la resolución judicial la que convalida y atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, la que establece la relación de filiación a favor de los nacionales españoles y excluye la de la madre gestante (y en su caso, la de su cónyuge) y la que acredita que esta emitió libremente su consentimiento y era plenamente consciente de las consecuencias de sus actos. Y se ignora también, y esto resulta

³¹ «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 96, 2014, pp. 177-214; «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro (a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014)», *Notario del Siglo XXI*, n.º 54.

³² Fto. Tercero 2.

especialmente grave, que tal y como ya se ha indicado, la certificación constituye un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica³³. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes. Como puede comprobarse, resulta difícil acomodar esta circunstancia al requisito de que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en la certificación registral extranjera.

En definitiva, para rechazar la inscripción de la certificación extranjera al TS le habría bastado con alegar la exigencia que se deriva de los artículos 23 LRC y 85 RRC de que dicha certificación dé prueba de la realidad del hecho inscrito para haber tenido un argumento decisivo (y correcto) en contra de la denegación de la inscripción.

3.2.2 *La incorrecta configuración de la cláusula de orden público*

22. Con independencia de las críticas que ello merezca, lo cierto es que el TS asumió (o ni siquiera se planteó) que la certificación registral extranjera no ofrecía dudas sobre la realidad del hecho inscrito, y centró sus esfuerzos en demostrar que la certificación no cumplía la otra exigencia contemplada en el artículo 23 de la vigente Ley del Registro Civil: la legalidad conforme al derecho español del hecho inscrito, un requisito que, como ya se ha apuntado, lo que impone en realidad es el control de que la inscripción de la certificación extranjera no suponga una violación del orden público español.

23. A la hora de valorar la postura de nuestro TS sobre esta cuestión resultará de especial importancia tener presente la ya mencionada sentencia del BGH alemán de 10 de diciembre de 2014, en la que dio la razón a una pareja registrada homosexual de dos nacionales alemanes y permitió el reconocimiento y subsiguiente inscripción en el Registro Civil, no de una certificación extranjera, como acontecía en el supuesto

³³ Así lo entendió la Sentencia de la *Corte di Appello* de Bari, en su sentencia de 13 de febrero de 2009 (citada en Campiglio, C., «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 589-604, p. 594). En similares términos OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», p. 485-486; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», *op. cit.*, pp. 14-15. Esta solución se recoge también de forma expresa en el artículo 98.2 de la nueva Ley del Registro Civil (*vid. infra* nota núm. 38). Una opinión contraria sostiene, no obstante, G. CUNIBERTI, «Nota ...», *op. cit.*, p. 150.

planteado ante el TS, sino de una resolución judicial californiana en la que se convalidaba un contrato de gestación por sustitución³⁴. Lo más destacado de esta resolución es que el BGH no entendió que la inscripción de la resolución californiana fuera contraria al orden público alemán pese a que, como ya se ha señalado, en este Estado se establecen sanciones penales, no para los padres comitentes o la madre gestante, pero sí para cualquier tercero que intervenga o medie la celebración del contrato de gestación por sustitución o promueva la celebración de estos contratos mediante la puesta en contacto con posibles madres gestantes. Además el §1591 del Código Civil (BGB) considera también a la madre gestante como la única madre del niño, excluyendo la de cualquier otra mujer aunque sea la madre genética.

Junto a la postura del BGG alemán, también resultará especialmente útil conocer los postulados adoptados por el Tribunal Constitucional austriaco (VfGH) en sendas resoluciones de 14 de diciembre de 2011 y 11 de octubre de 2012. Las sentencias austriacas tienen su origen en el nacimiento de tres niños a través del recurso a la gestación por sustitución, dos en el Estado de Georgia (EE.UU.) y uno en Ucrania. En ambos casos los padres comitentes eran matrimonios heterosexuales y habían aportado el material genético. El VfGH declaró en el primer supuesto que el niño era el hijo de los padres comitentes y no de la madre gestante, mientras que en el segundo admitió la inscripción en Austria de la certificación ucraniana de nacimiento de los gemelos, sin entender que con ello se vulnerara el orden público austriaco. Las sentencias tienen también especial interés para nosotros porque pese a que la Ley sobre Reproducción Médica Asistida austriaca («*Fortpflanzungsmedizingesetz*») no prohíbe expresamente la gestación por sustitución, exige que los óvulos solo sean implantados en el cuerpo de aquella mujer de la que fueron extraídos, con lo que *de facto* la excluye. Además, al igual que acontece en nuestro país, según el §137 b) del Código Civil austriaco, la maternidad siempre se atribuye a la madre gestante, aunque no sea la madre biológica³⁵. Los pronunciamientos del VfGH han supuesto también una reforma de la normativa austriaca sobre adquisición de la nacionalidad.

³⁴ Con relación a esta resolución, *vid.* los comentarios de: *Helms, FamRZ*, nº 3, 2015, pp.245 y ss y *Zwijbler, NZFam*, nº 3, 2015, pp. 118 y ss.

³⁵ Sobre estas sentencias puede consultarse Lurger, B, «Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot», *IPRax*, vol .3, 2013, pp. 282-288.

a) La necesidad de adaptar la cláusula de orden público al caso concreto.

24. La primera gran crítica que cabe hacer al TS al concretar la cláusula de orden público es que olvida, al contrario que el voto particular (Fundamento Segundo) o que el BHG alemán y el VfGH austriaco, que el control del orden público, tal y como el propio TS ha proclamado en otras ocasiones³⁶, no se realiza respecto de una determinada institución (en este caso, la gestación por sustitución), sino respecto de los efectos que supondrá la inscripción del documento extranjero (en este caso la certificación californiana) en España. La Sentencia señala en alguna ocasión que el objeto del test de orden público debe ser la propia inscripción de la certificación extranjera, pero una lectura medianamente atenta de la resolución pone de manifiesto que dichas afirmaciones son en realidad huertas declaraciones de intenciones en absoluto ejecutadas, y que lo que se hace en realidad es un juicio general a la gestación por sustitución.

El control del orden público cuando se trata de determinar si se da o no eficacia a documentos públicos extranjeros no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si *en cada caso concreto*, permitir que dicho documento despliegue o no efectos en nuestro Estado supone una violación flagrante de principios, derechos y valores esenciales de nuestro ordenamiento. Y es precisamente esta tarea la que no realizó el TS. En la sentencia de 6 de febrero de 2014 se citan numerosas normas constitucionales y convencionales que sustentarían el juego de la cláusula de orden público en este ámbito e incluso, con mayor o menor acierto, se intentan identificar los intereses concretos que se verían afectados en los supuestos de gestación. Sin embargo, tras estas grandilocuentes afirmaciones, el TS olvida descender al supuesto objeto del recurso y determinar por qué a la luz de las circunstancias específicas que se verifican *en ese caso concreto* la inscripción supondría una vulneración de nuestro orden público. Como se señala con especial acierto en el voto particular, la Sentencia «*tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación*».

Es cierto que el TS cita como uno de los elementos configuradores de la cláusula de orden público en estos supuestos el respeto a la integridad física y moral de las personas y a su dignidad. Ahora bien, con eso no

³⁶ *Vid. v.gr.*, ATS de 21 de abril de 1998, RJ 3563.

basta. Hay que identificar tanto quiénes son esas personas como el modo en que podría verse afectada su integridad física y moral como consecuencia de la inscripción. El TS cumple el primer requisito e identifica dichos sujetos: la mujer gestante y los menores. Ahora bien, no se puede decir lo mismo del segundo porque el Alto Tribunal se limita a realizar un «juicio sumarísimo» a la gestación por sustitución con afirmaciones como que con ella se vulnera la dignidad de la madre gestante y del menor *«mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-familiares vedadas a la mayoría»*.

La última afirmación cae por su propio peso. Ciertamente recurrir a la gestación por sustitución no es barato, especialmente en ciertos Estados que suelen ser los que más garantías ofrecen, ahora bien, si el TS utiliza este argumento debería tener en cuenta que también resulta extrapolable, por ejemplo, a la adopción internacional. Adoptar fuera de España también sale caro y no está al alcance de todo el mundo, ahora bien, no por ello parece que alguien tenga en mente empezar a denegar el reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero por este motivo.

25. En cuanto al resto de aseveraciones, resulta difícil no compartirlas. Sin embargo, al TS se le escapa un pequeño detalle: no explica por qué la inscripción en *este caso concreto* podría suponer una aceptación del estado de necesidad y de la «cosificación» de una mujer en estado de pobreza (y si sobre todo, por qué considera que realmente hubo tal estado de necesidad o que la madre estaba en situación de pobreza). Tampoco justifica el motivo de que considere que en el supuesto que tuvo que resolver se había producido una mercantilización de la madre gestante o un atentado contra su dignidad, cuando ni siquiera se planteó si la mujer recibió una retribución o simplemente una compensación por los perjuicios sufridos como consecuencia el embarazo y el parto o si fue coaccionada para quedarse embarazada³⁷. Ahora bien, para ser sinceros, este proceder

³⁷ En contraste con los postulados del TS, el BGH consideró que la gestación por sustitución no constituye una violación de la dignidad de la madre gestante, siempre que el procedimiento seguido en el Estado de origen garantice que prestó su consentimiento voluntariamente. Asimismo, el BGH señaló que, dado que la madre gestante renunció ante las autoridades judiciales a asumir cualquier tipo de responsabilidad parental respecto del menor, su situación resultaría equiparable a la de las madres que entregan su hijo en adopción.

hasta cierto punto resulta lógico si se tiene en cuenta, una vez más hay que decirlo, que el TS no tiene en sus manos la resolución judicial californiana sino una mera certificación registral cuyo único contenido, como ya sabemos, es la afirmación de que los menores son hijos de los padres comitentes. Difícilmente podrá controlar el TS el respeto por parte de las autoridades estadounidenses del amplio espectro de valores que enuncia, a la luz de la información contemplada en el título extranjero que debe valorar.

26. Una vez más, el voto particular pone de manifiesto con especial nitidez y acierto las carencias de la sentencia. Sirvan como ejemplo las siguientes líneas contempladas en su Fundamento 3, que subscrito en su totalidad:

«Finalmente, la vulneración del orden público internacional solo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas, y es evidente que más allá de una afirmación genérica sobre esta cuestión, nada se concreta: a) no se indica cómo queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo; b) tampoco se colige de qué forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia; c) no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios, y d) es la propia DGRN la que valora especialmente en resoluciones como la impugnada "que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño" y que "la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países" (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras)».

b) La incorrecta delimitación del orden público y del papel del artículo 10 LTRHA.

27. Otro de los aspectos más discutibles de la Sentencia es el modo en que el TS interpreta el contenido del artículo 10 LTRHA. O, por ser más

precisos, el modo en que traslada el contenido de este artículo a la cláusula de orden público.

28. Por lo pronto, resulta muy discutible inferir de su apartado 1.º que la práctica de la gestación por sustitución deba ser considerada como una conducta prohibida en España y esta circunstancia debería haber sido tenida en cuenta necesariamente por el TS antes de utilizarla como frontispicio de la cláusula de orden público. El hecho de que una norma establezca la nulidad de los contratos de gestación por sustitución no equivale necesariamente a que la celebración de tales contratos constituya una práctica prohibida. Para que la gestación por sustitución realmente estuviera prohibida en nuestro ordenamiento sería necesario que contáramos (dentro de la Ley 14/2006 o en otro lugar) con una norma que la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de prácticas³⁸, algo que, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán³⁹ o el suizo⁴⁰, no se contempla no ya en el artículo 26 de la propia Ley, precepto en el que se recogen los comportamientos sancionables, sino en ninguna otra norma de nuestro Derecho⁴¹. De hecho, en la

³⁸ *Vid.* con más detalle: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en PELLISÉ, C., *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, 2014, pp. 61-74, pp. 64-65; ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 14, 2008, pp. 4-9, p. 6 (del mismo autor y en similares términos, *vid.* asimismo «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre. 2009, pp. 52-56, pp. 55-56; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado, Notas de teoría y de dogmática», *ADC*, 2005, pp. 9-74, p. 55; FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción ...», *op. cit.*, nota núm. 22. Similar opinión mantiene con relación al art. 10 de la antigua Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo contenido era idéntico al actual; HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección ...», *op.cit.*, pp. 708-712)

³⁹ § 1(1) No. 7 Embryonenschutzgesetz, EschG) y § 14b Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG). Las sanciones están limitadas a los actos cometidos dentro del territorio alemán en aplicación del §7 del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, StGB).

⁴⁰ Art. 119.2 letra d) de la Constitución Federal y art. 4 de la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida de 1998, reformada en 2006.

⁴¹ De hecho, la lectura de las Recomendaciones de la Comisión Palacios (Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986), una comisión cuya opinión el propio TS afirma haber tenido como referente directo, pone de manifiesto que las reticencias de dicha Comisión a la gestación por sustitución no se sustentaban tanto en motivos morales sino en las dificultades legales que supondría la

Disposición Adicional segunda de la Proposición de Ley que dio origen a la primera Ley de Reproducción Asistida (Ley 35/1998, de 22 de noviembre) y cuyo artículo 10 era idéntico al actual artículo 10 de la Ley 14/2006, si se contenía una prohibición formal de la figura y se hacía una llamada al establecimiento de sanciones que posteriormente fue eliminada de la redacción definitiva.

29. Hay que recordar además que la propia Ley 14/2006 en su artículo 10.3 contempla la posibilidad de que se ejercent por o frente al padre biológico las acciones de reclamación de la paternidad contempladas en nuestro ordenamiento y de hecho el propio TS anima a los padres comitentes a acudir a esta vía en el caso de que uno de ellos sea el padre biológico. Dado que existen muchas posibilidades de que el padre biológico sea también el comitente, es decir, quien contrató con la madre gestante, resultaría ciertamente extraño que el partícipe en un comportamiento prohibido pudiera recibir el «premio» de ver reconocida su relación de paternidad. Basta para darse cuenta de la paradoja con acudir al ordenamiento francés en donde, como se ha señalado, la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y su expresa consideración como contrarios al orden público francés tiene como sanción la negación de la filiación a los padres comitentes, incluidos los biológicos. Y por si todo ello no fuera suficiente, debe tenerse presente que las entidades que prestan sus servicios en este ámbito publicitan sus servicios, realizan reuniones y captan clientes en España sin ningún tipo de cortapisas. En definitiva, si la gestación por sustitución está prohibida en España, lo cierto es que se trata de una prohibición cuando menos peculiar.

De hecho, incluso si se asume la tesis del TS y se acepta una supuesta prohibición de la gestación por sustitución en nuestro país, deducir que de tal prohibición podría derivarse la contrariedad de esta figura con nuestro orden público se antoja un salto demasiado grande. Citando a M. Atienza⁴², la gestación por sustitución no parece contradecir los grandes principios que inspiran la bioética y que nuestra Constitución recoge (principio de dignidad y de daño, es decir, no causar un daño injustificado, de autonomía y de igualdad). De hecho, no parece contradecir el orden público de ninguno de los ordenamientos pertenecientes al constitucionalismo

regulación de los contratos entre los comitentes y la madre gestante y de los eventuales conflictos de intereses que pudieran producirse entre la madre subrogada y la pareja comitente.

⁴² ATIENZA RODRIGUEZ, M., «De nuevo ...», *op.cit.*, p. 56.

contemporáneo y prueba de ello es que diversos países de nuestro entorno, con un elenco de valores y principios compartidos con el nuestro, reconocen esta figura. Y como prueba de lo señalado basta recordar la situación de un país como Alemania que contempla sanciones penales para los intermediarios o promotores de esta práctica, pero en el que sin embargo el BGH no considera que la inscripción de relaciones de filiación constituidas en California mediante gestación por sustitución suponga una vulneración de su orden público⁴³.

30. También resulta criticable el hecho de que el TS considere el artículo 10 LTRHA como la norma que refleja de modo exclusivo el contenido del orden público en el ámbito del reconocimiento en nuestro país de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución, es decir, como una suerte de crisol en el que aparecerían reflejados «los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a la integridad moral y protección de la infancia» vigentes en este ámbito.

Por mucho que se empeñe el TS, el mencionado precepto es una mera norma sustantiva –por cierto, una norma «que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas», por utilizar las palabras del voto particular– y que solo debe ser aplicada por nuestras autoridades cuando se enfrenten a un supuesto en el que deban realizar una tutela por declaración de una cuestión relacionada con la gestación por sustitución. Sin embargo, cuando nuestras autoridades se enfrentan a un supuesto de tutela por reconocimiento, es decir, cuando está en juego dar eficacia en España a una relación de filiación constituida en el extranjero y tengan que decidir si aplican o no la cláusula de orden público, lo que deben realizar es una adecuada ponderación de los principios y derechos de rango convencional y constitucional que resultan aplicables al supuesto. Ciertamente cabe entender que el artículo 10 refleja algunos de estos principios y derechos, pero desde luego eso no significa que sean los únicos que entran en juego en un supuesto en el que lo que se pretende es el reconocimiento de una relación de filiación ya constituida en otro Estado, ni que la ponderación que se realice entre ellos sea la adecuada para estos supuestos. Por decirlo en otros términos, en la medida en que se trata de determinar si se inscribe en el registro español una relación de filiación constituida fuera de España que es válida para la ley del Estado de origen, y que tiene su origen en una práctica que además no está prohibida en España, la mera alegación del tenor literal del artículo

⁴³ En las sentencias del VfGH austriaco sobre esta cuestión, se consideró que las normas contempladas en la Ley sobre reproducción médica asistida austriaca ni integran el orden público austriaco ni protegen derechos fundamentales ni poseen rango constitucional.

10 de la Ley 14/2006 no es suficiente para justificar una presunta vulneración de nuestro orden público.

El BHG alemán puso de manifiesto en su sentencia de 10 de diciembre de 2014 las ideas que se acaban de apuntar. Para el BGH no era posible aplicar sin matiz alguno las diversas normas que prohíben en el Derecho alemán la gestación por sustitución o las normas sobre filiación del BGB porque dichas normas desempeñan una finalidad «preventiva», mientras que en el caso al que se tuvieron que enfrentar las autoridades alemanas tenían que dar respuesta a una relación de filiación que ya fue válidamente constituida en otro Estado y, por tanto, resultaba necesario tener presentes otras circunstancias, como por ejemplo, el bienestar del niño como sujeto con plenos derechos. Es más, el BGH dejó claro que el niño de ningún modo puede ser responsable de las circunstancias de su concepción y por tanto no podía sufrir las consecuencias derivadas de la prohibición en Alemania de la gestación por sustitución.

Un ejemplo claro del proceder del BGH lo encontramos en el modo en que trata de acomodar a los imperativos del Derecho alemán la atribución de la filiación a los padres comitentes mediante la resolución californiana que convalida el contrato de gestación por sustitución. En el supuesto quedó acreditado que uno de los padres comitentes era el padre biológico y el BGH diferenció entre uno y otro. En el caso del padre biológico consideró que, dado que la madre gestante era soltera y que el padre biológico había reconocido su paternidad ante un juez estadounidense, el ordenamiento sustantivo alemán [§§1592 No. 2, 1594(2)] también le atribuiría la paternidad, por lo que era imposible considerar que el reconocimiento de dicha filiación pudiera producir una violación del orden público de este Estado. En cuanto a la pareja del padre biológico, el Tribunal consideró que, si bien es cierto que en aplicación del ordenamiento alemán no se habría establecido frente a él la filiación del menor, ello no suponía que su inscripción supusiera una violación del orden público alemán desde el momento en que el otro padre era el padre biológico del menor. En apoyo de esta interpretación el BGH invoca además la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las «adopciones sucesivas», en virtud de la cual se permite a uno de los miembros de una pareja registrada del mismo sexo adoptar a un niño previamente adoptado por su compañero.

31. Como puede constatarse, existen sustanciales diferencias entre el modo de obrar de los dos tribunales. El TS, al igual que el BGH, admite que en el caso de que uno de los padres de los menores fuera el padre biológico podría reclamar la paternidad en aplicación del artículo 10.3

LTRHA. Es más, permite que el otro padre comitente pueda recurrir a la adopción. Sin embargo, en lugar de adoptar una postura flexible y reconocer directamente la filiación como hace el BGH, obliga tanto a los padres comitentes como a los menores a someterse a nuevos trámites y dilaciones.

Evidentemente, el hecho de que *per se* la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución no suponga una vulneración nuestro orden público no impide que en determinados casos sí pueda darse tal vulneración. Baste con pensar en supuestos en los que se hubiera empleado violencia contra la mujer o cualquier otro medio para forzar su voluntad. Tal y como se ha señalado desde nuestra doctrina⁴⁴, la clave de la defensa de los intereses en juego en los supuestos de gestación por sustitución está en establecer una regulación que impida su concurrencia. Y esta era precisamente la finalidad de los requisitos contemplados en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

c) La ponderación del interés superior del menor.

32. Tanto los recurrentes como el TS acuden al «interés superior del menor» en apoyo de sus posiciones con interpretaciones de este concepto diametralmente opuestas, algo que no puede sorprender si se tiene en cuenta que pocos conceptos son más socorridos y a la vez difíciles de acotar que este. No obstante, y asumiendo esta circunstancia, el modo en que la Sentencia de 6 de febrero de 2014 lo utiliza, resulta, cuando menos, sorprendente.

33. En primer lugar el TS trata el principio del interés superior del menor como un elemento ajeno a la cláusula de orden público y que incluso parecería entrar en conflicto con aquel. Como se acaba de señalar, para el TS el artículo 10 LTRHA es el único elemento que conforma el orden público en este ámbito y ni siquiera el respeto al interés superior del menor (que tal y como parece dar a conocer el tribunal, sería ajeno a este precepto) sería suficiente para excluir o atenuar su aplicación. El TS lo deja bien claro, por un lado, cuando analiza el juego de la cláusula de orden público y el contenido del interés superior del menor en fundamentos jurídicos diferentes (Tercero y Quinto, respectivamente); y por otro, al señalar que «La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y

⁴⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 361-362.

colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el Parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo».

Pues bien, al contrario de lo que parece dar a entender el TS, el interés superior necesariamente debe ser un elemento integrador del orden público en este ámbito. Más aún, tal y como acertadamente señala el BGH alemán o el VfGH austriaco, el interés superior del menor es precisamente eso: *superior* y no puede ser interpretado ni ponderado en el mismo plano que el resto de valores o derechos que concurren en el supuesto. El artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño lo deja claro al estipular que «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*». Y en similares términos se expresa el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual, «*En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial*». Como una vez más señala con acierto el voto particular a la sentencia del TS, retomando una cita ajena, «*no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y huesos perfectamente individualizada*». En definitiva, al contrario de lo que señala el TS, no es que la defensa del interés superior del menor no pueda contrariar lo señalado en el artículo 10 LTRHA, sino precisamente lo contrario: la invocación del artículo 19 de ningún modo puede significar la vulneración de dicho principio.

34. No menos pintoresco resulta el modo en que la Sentencia concreta el contenido del principio del interés superior del menor. Y es que, pese a que el TS reconoce que la privación de la filiación a los menores podría suponerles inconvenientes, entiende que por encima de los perjuicios que estos pudieran sufrir, debe garantizarse el respeto a su dignidad, dignidad que se vería menoscabada si se convirtiera en objeto del tráfico mercantil. Es decir, el Tribunal antepone «la dignidad del menor» (sin que nos explique en qué consiste realmente dicha dignidad) al reconocimiento de su filiación por parte de nuestras autoridades registrales y, por tanto, a su posible desamparo. Resulta difícil negar la sorpresa ante esta forma de defender los intereses del menor, máxime cuando, tal y como ha señalado

con acierto S. Álvarez González⁴⁵, «*la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño*».

35. Y también resulta muy discutible la manera en que el TS dio carpetazo a los postulados del TEDH, en el Asunto Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo, al interpretar el 8 de la CEDH. En la mencionada Sentencia, cuyo origen se encuentra en el no reconocimiento en Luxemburgo de una adopción plena constituida en Perú y cuyos postulados fueron mantenidos posteriormente en la sentencia Negrepontis-Giannisis c. Grecia, el TEDH realizó una serie de afirmaciones, perfectamente extrapolables a este supuesto. En concreto proclamó que existe una obligación de dar continuidad a las relaciones de filiación constituidas en el extranjero, obligación que perfectamente podría ser también afirmada cuando esa filiación se hubiera establecido a través de una maternidad de sustitución. Por otro lado el TEDH también señaló que los jueces luxemburgueses no podían dejar de reconocer un estatuto jurídico creado en el extranjero, en la medida en que se corresponde con la vida familiar que protege el artículo 8 CEDH, porque el interés superior del niño debe prevalecer. Y finalmente se señaló que la invocación del orden público internacional luxemburgués no resultaba «suficiente» para justificar la injerencia en la vida familiar y privada que, a juicio del TEDH, supuso la negativa al reconocimiento de la adopción. Como puede comprobarse, se trata de afirmaciones que parecen chocar frontalmente contra los postulados del TS y que merecían, cuando menos, una mínima atención por parte de la sentencia, máxime cuando, tal y como se verá a continuación, el propio TEDH ha recurrido también al artículo 8 CEDH en diferentes recientes sentencias sobre esta materia.

4. EL ATS DE 2 DE FEBRERO DE 2015 Y LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

36. Los padres comitentes interpusieron recurso de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de febrero de 2014. Alegaban en concreto la violación de tres derechos fundamentales: en primer lugar, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, al considerar que el TS habría resuelto el recurso a partir de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada, y habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta, sobre las

⁴⁵ «Efectos ...», *op. cit.*, p. 362.

consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. En segundo lugar se alegaba la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual. Por último, los recurrentes justificaban el recurso en la supuesta vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médica asistida.

Los argumentos empleados por los recurrentes fueron rechazados uno a uno por el TS. Sin embargo, durante la resolución del recurso, en concreto el 26 de junio de 2014, el TEDH dictó dos sentencias (Sentencias MENNESSON c FRANCE⁴⁶, y LABASSEE c FRANCE⁴⁷) en las que se condenó a Francia por la denegación de la inscripción en el Registro Civil de sendas certificaciones registrales estadounidenses –en concreto, una de California y otra de Minnesota–, con la alegación de que dicha inscripción suponía vulneración del orden público francés. Ante la similitud de los hechos planteados en ambas resoluciones con los que dieron origen a la STS de 6 de febrero de 2014, el propio TS acordó dar traslado a las partes para que alegaran lo que considerasen oportuno en relación con los pronunciamientos de las referidas sentencias. Merece la pena dedicar por tanto unas líneas a recordar el contenido de estas resoluciones.

4.1 Las Sentencias del TEDH Mennesson y Labassee

37. Como se acaba de señalar, en los asuntos Mennesson y Labassee el TEDH tuvo que determinar si la denegación por parte de las autoridades francesas de la inscripción de la filiación de unos menores nacidos en EE.UU. mediante gestación por sustitución a partir de la supuesta vulneración del ya mencionado artículo 16-7 del *Code Civil* francés y con ello, del orden público de este Estado (recuérdese que el artículo 16-9 del *Code Civil* declara este precepto como de orden público), constituye una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se proclama el derecho al respeto a la vida privada y familiar⁴⁸.

⁴⁶ Recurso 65192/11.

⁴⁷ Recurso 65941/11.

⁴⁸ Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el*

38. El TEDH aplicó a ambos supuestos el test habitual. De este modo, tras considerar, al igual que las partes enfrentadas, que el comportamiento de las autoridades francesas supuso una injerencia en la vida privada y familiar de los recurrentes, entró a valorar si se cumplen los requisitos que justificarían dicha injerencia, esto es: a) que esté prevista por la ley; b) que persiga alguno de los fines legítimos contemplados en el apartado 2.º del artículo 8 y c), que resulte necesaria en una sociedad democrática.

Para el TEDH, los dos primeros requisitos se verificarían. Por un lado, el ordenamiento francés, a través del juego conjunto de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés, no solo proclama la nulidad de los contratos de gestación por sustitución sino también que dicha prohibición forma parte del orden público francés. Por otro lado, entiende que se trata de una injerencia que responde a fines contemplados en el artículo 8.2. En concreto considera que lo que pretenden las autoridades francesas es desincentivar a sus nacionales a recurrir a técnicas de reproducción admitidas en otros Estados pero prohibidas en Francia, lo que supondría que la injerencia que en el derecho a la vida privada y familiar perseguiría dos fines legítimos amparados por el artículo 8.2: la «protección de la salud» y la protección de los «derechos y libertades de los otros».

Finalmente, el TEDH se planteó el cumplimiento del tercer requisito: si la denegación de la inscripción de las certificaciones estadounidenses supuso una injerencia «necesaria en una sociedad democrática», es decir, si responde a una exigencia social imperiosa y si es proporcional con relación a los fines legítimos perseguidos. El Tribunal señala además que aunque en principio los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para determinar qué es «necesario» «en una sociedad democrática», en especial en aquellos supuestos en los que el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, dicho margen queda sustancialmente reducido cuando está en juego, tal y como acontecía en los asuntos Mennesson y Labassee, la existencia o la identidad de un individuo. El TEDH indicó asimismo que, al margen de la mayor o menor amplitud del margen de apreciación de los Estados, este siempre puede ser controlado por el propio Tribunal para revisar los argumentos empleados por las autoridades nacionales y determinar si existe un justo equilibrio entre los intereses estatales y los de los individuos directamente

bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

afectados⁴⁹. Y además el Tribunal deja claro, en línea con lo señalado en decisiones anteriores como *WAGNER Y J.M.W.L C. LUXEMBURGO*⁵⁰, que sea cual sea la amplitud del margen de apreciación de las autoridades nacionales, este siempre queda sometido a un imperativo: la necesidad de primar el interés superior de los menores cuando estos puedan verse afectados por la injerencia estatal.

39. A la hora de determinar si la actuación de las autoridades francesas responde a una necesidad social imperiosa y su carácter proporcional, el TEDH diferencia entre las dos vertientes del artículo 8: el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada. En el caso del primero, el Tribunal entiende que ambos requisitos se cumplieron al considerar que los obstáculos a los que se debieron enfrentar los recurrentes no eran insalvables y que la falta de determinación de la filiación de los menores no había privado a estos y a los padres comitentes de disfrutar del derecho a la vida familiar. El Tribunal estima, en concreto, que todos ellos se han podido establecer en Francia y viven en una situación equiparable a la de otras familias, y además no existe el riesgo de que las autoridades decidan separarlas como consecuencia de su situación con respecto al ordenamiento francés.

40. Por el contrario, en el caso del derecho al respeto a la vida privada de los menores, las sentencias Mennesson y Labassee llegan al resultado contrario. Para el TEDH este derecho exige que cada individuo pueda establecer los detalles de su identidad, entre los que evidentemente se incluye su filiación. Pues bien, las autoridades francesas pese a ser conocedoras de que para el ordenamiento californiano o de Minnesota los menores son considerados como hijos de los padres comitentes, les niega sin embargo esta circunstancia en su ordenamiento jurídico. Esta incertidumbre, según el TEDH, puede atentar contra su identidad en el seno de la sociedad francesa. A ello hay que añadir que aunque el artículo 8 del CEDH no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad determinada, no es menos cierto que la nacionalidad constituye un elemento de identidad de las personas, por lo que las dudas sobre la nacionalidad de que podrían ostentar los menores para el ordenamiento francés también podría afectar negativamente la definición de la identidad de los menores. Por otro lado, considera el Tribunal que las dudas sobre la filiación de los hijos pueden afectar también a sus derechos sucesorios ya que, si se niega la existencia de una relación de filiación, a efectos

⁴⁹ Fto. 81 del Asunto Mennesson y 60 del Asunto Labassee.

⁵⁰ Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2007 (Recurso 76240/01).

sucesorios los menores serían tratados como terceros y por tanto, tendrían una situación peor que si se reconociera su carácter de hijos.

Según el TEDH, puede ser aceptable que Francia pretenda desanimar a sus nacionales para que recurran a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero. Sin embargo, los efectos que se derivan de la actuación de las autoridades francesas no se limitan a los padres sino que por el contrario afectan también a los menores, cuyo derecho al respeto de la vida privada, que supone, entre otras manifestaciones, el derecho a que cada uno pueda establecer la naturaleza de su propia identidad, incluyendo su filiación, queda sustancialmente afectada⁵¹. Ello implica un serio riesgo de incompatibilidad de esta situación con el interés superior del menor que, una vez más hay que recordarlo, debe guiar cualquier tipo de actuación en este ámbito.

El TEDH pone de manifiesto además que el análisis expuesto adquiere una especial dimensión en aquellos casos en los que, tal y como acontecía en los asuntos Mennesson y Labassse, los menores eran hijos biológicos de uno de los padres comitentes. A la luz de la importancia que el propio TEDH ha atribuido a la filiación biológica a lo largo de su jurisprudencia, considera que no se respeta el interés superior del menor cuando las autoridades francesas privan a los menores de una relación de filiación de esta naturaleza desconociendo que las autoridades estadounidenses han establecido previamente la existencia de la realidad biológica. El TEDH pone además de manifiesto que no se trata solo de que no se reconozca en Francia la relación de filiación declarada en EE.UU. sino que además el propio ordenamiento francés se opone al establecimiento de dicha filiación mediante cualquier vía (reconocimiento de la paternidad, adopción o posesión de estado). Por tanto, y a la luz de todas las circunstancias apuntadas, el TEDH llega a la conclusión en ambos supuestos de que el hecho de prohibir tanto la inscripción de la certificación californiana como el establecimiento de la relación de filiación de los menores en Francia rebasó los límites tolerables de su margen de apreciación a la hora de apreciar el carácter «necesario» en «una sociedad democrática» de la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de los menores⁵².

⁵¹ Fto. 99 del Asunto Mennesson y 79 del Asunto Labassee.

⁵² Recientemente el TEDH ha dictado una nueva sentencia en un supuesto relativo a una gestación por sustitución. Se trata de la Sentencia *Paradiso and Campanelli v. Italy*, de 27 de enero de 2015, cuyo origen se encuentra en la denegación de la inscripción en el Registro Civil italiano de una certificación de nacimiento rusa en el que se establecía la filiación del menor a favor de los padres comitentes. Sin embargo, el recurso ante el TEDH no tiene su origen en la denegación de la inscripción sino en el comportamiento posterior de las

4.2 Los argumentos del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

41. El TS entendió en el Auto de 2 de febrero de 2015 que los supuestos que dieron origen a las Sentencias Mennesson y Labassee presentaban sustanciales diferencias con el que tuvo que resolver en la Sentencia de 6 de febrero y desestimó el recurso de nulidad frente a esta resolución. Para el TS los motivos que llevaron al TEDH a considerar que las soluciones alcanzadas por la Corte de Casación francesa vulneraban el artículo 8 del CEDH no podían apreciarse en el asunto resuelto en su sentencia.

42. La línea argumental que siguió el TS se centró casi de forma exclusiva en el supuesto peor trato que atribuye el ordenamiento francés a los menores, al cerrar por completo cualquier posibilidad de reconocer o establecer la relación de filiación y permitir el juego de los derechos asociados a esta. Recuerda el TS que aunque el TEDH considera que la injerencia en el derecho a la vida privada de los menores por parte de las autoridades francesas está prevista en la ley francesa y responde a una finalidad legítima, en cambio no supera la exigencia de ser necesaria en una sociedad democrática, debido a las consecuencias extremadamente graves que supone el hecho de que los menores hayan nacido a través del recurso a la gestación por sustitución. En concreto, se niega cualquier posibilidad de establecer lazos paterno filiales entre los comitentes y los niños y por tanto se rechaza también la posibilidad de que los menores adquieran la nacionalidad francesa o tengan derechos sucesorios en calidad de hijos, motivos todos ellos que implican un desequilibrio injustificado entre los fines legítimos buscados por el Estado y el respeto a la identidad de los menores⁵³.

A diferencia de lo que acontece en el Derecho francés, el TS recuerda que el ordenamiento español «*prevé que respecto del padre biológico sea posible la determinación de la filiación paterna, y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar de facto*». A ello añade el TS que mientras que en Francia los menores no podrían

autoridades italianas, de poner al menor bajo la custodia de una entidad pública italiana con el argumento de que no existía una relación genética entre el menor y los padres comitentes y de que estos habían violado la normativa italiana que prohíbe la gestación por sustitución. Por otro lado, aunque el TEDH consideró que las autoridades habían violado el artículo 8 del CEDH, a diferencia de lo que acontece en Mennesson y Labasse, la vertiente de este precepto que se considera vulnerada no es el derecho al respeto a la vida privada sino el derecho al respeto a la vida familiar.

⁵³ Fto. 11.

adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijos, en España el propio TS únicamente acordó en la sentencia recurrida que se anulara la mención a la filiación de los menores hasta que se determinara la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar *de facto* (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos».

En esta misma línea argumental el Alto Tribunal indica que mientras que la Corte de Casación francesa consideró que ante la existencia de fraude no cabía invocar el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo, en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 se afirma que «debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal y como es protegido en el ordenamiento jurídico español (artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida».

El TS insiste además en las bondades de su solución y recuerda que, a diferencia de lo que acontecía en los supuestos resueltos por la Corte de Casación francesa, donde los padres comitentes habían acreditado que los matrimonios demandantes y los menores formaban sendos núcleos familiares *de facto*, en el litigio que dio origen a la sentencia de 6 de febrero de 2014 no se acreditó dicha circunstancia y, pese a ello, «*para proteger el interés superior del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños y que estos estuvieran integrados en un núcleo familiar de facto con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por sustitución, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento español*

43. Asumidas las diferencias entre los supuestos planteados ante la Corte de Casación francesa y el resuelto en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, el TS pone de manifiesto que el TEDH en las sentencias Labassee y Menesson no consideró que la negativa a que constara en el Registro Civil francés la relación de filiación entre los menores y los padres comitentes supusiera *per se* una vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los menores. Por el contrario, según el TS, lo que afirmó el TEDH en esas resoluciones fue la necesidad de reconocer a los menores «*un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir*». Pues bien, según el TS, ese *estatus* debe ser fijado conforme

a las normas esenciales del orden público de aquel Estado en el que se pretenda la inscripción, lo que implica, en el caso de ordenamiento español, que dicho estatus podría proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica, de la adopción o incluso de la posesión de estado civil, dado que estos serían los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento consideraría idóneos para proteger el interés del menor.

El TS vuelve a reconocer, al igual que hizo en la Sentencia de 6 de febrero de 2015, que la necesidad de que los padres comitentes recurran a alguna de estas posibilidades puede suponerles molestias e inconvenientes a ellos e incluso a los menores (aunque entiende que estos, por su corta edad, apenas serían conscientes de ello), pero considera que, dada su baja entidad, no son suficientes para entender que puedan producir una vulneración de su derecho al respeto de la vida privada⁵⁴. Es más, considera que los recurrentes, pese a que realizan una invocación en abstracto del derecho a la vida privada de los menores, no alegaron el obstáculo concreto que supondría para el goce de dicho derecho el cumplimiento de las medidas que el propio Tribunal identificó para su protección en la sentencia recurrida (es decir, el ejercicio de las acciones de filiación, la adopción o el reconocimiento de la posesión de estado).

4.3 La valoración del Auto

44. Es de agradecer que el TS haya integrado en su Auto de 2 de febrero de 2015 la valoración de la posición del TEDH en las sentencias Mennesson y Labassee, pese a que ambas resoluciones se dictaron con posterioridad a que se promoviera el incidente de nulidad de actuaciones. Ciertamente la relevancia de estas resoluciones y su innegable relación con el supuesto resuelto por la STS de 6 de febrero de 2015 obligaban a tenerlas presentes en la resolución del recurso.

Cuestión distinta es el modo en que el TS interpreta estas sentencias y las consecuencias que asocia a las (indiscutibles) diferencias entre las sentencias de la Corte de Casación que dieron origen a las sentencias del TEDH y su Sentencia de 6 de febrero de 2014. En contra de lo señalado por el TS, y al margen de las críticas generales a la sentencia que ya han sido apuntadas, lo cierto es que sí que parece que existan argumentos de peso para considerar contraria dicha resolución al artículo 8 CEDH.

⁵⁴ Fto. 11.

a) ¿Injerencia prevista por la ley?

45. En primer lugar, y asumiendo como asume el TS que la denegación de la inscripción de las certificaciones de nacimiento californianas en el Registro Civil español supone una injerencia en la vida privada de los menores, es ciertamente dudoso que se trate de una injerencia «prevista por la ley», tal y como demanda el propio artículo 8. Como señaló el propio TEDH en las sentencias Mennesson y Labasse citando argumentos ya expuestos en anteriores resoluciones, solo se puede considerar como «ley» en el sentido del artículo 8 del CEDH una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta; y pueda ser capaz, en su caso, recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la razonable medida que permitan las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un acto determinado.

46. En los asuntos Mennesson y Labassee, el TEDH consideró que se cumplía este requisito por dos motivos fundamentales. Por un lado, el ordenamiento francés no solo considera nulos los contratos de maternidad subrogada en el artículo 16-7 del Code Civil, sino que además, el artículo 16-9 *expresamente* considera esta prohibición como de orden público. Por otro lado, existía ya jurisprudencia de la propia Corte de Casación (Sentencias de 31 de mayo de 1991 y 29 de junio de 1994), en la que se declaraba que el principio de inalienabilidad del cuerpo humano y del estado civil eran también materias de orden público. Es cierto que se trataba de sentencias que abordaban supuestos no exactamente iguales a los que dieron origen a la Sentencia del TEHD porque en realidad, negaban la validez de adopciones realizadas tras recurrir los padres adoptantes a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero, pero lo relevante es que en ellas claramente se señalaba que los acuerdos de este tipo contravenían el orden público francés incluso en la «versión atenuada» del orden público internacional. A partir de ambas circunstancias el TEDH consideró que, aunque no existiera una norma en la que expresamente se denegara la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero al amparo de las técnicas de gestación por sustitución, los padres comitentes no podían ignorar el carácter de norma de orden público que poseía, incluso en el ámbito internacional, la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y, por tanto, el serio riesgo de que los certificados de nacimiento estadounidenses de los menores no pudieran acceder al Registro de Nacimiento y Defunciones francés.

47. ¿Cabe extender esta argumentación al ordenamiento español? A mi juicio no. En primer lugar, tal y como ya se ha indicado, a diferencia de lo

que acontece en Francia, en nuestro Derecho no hay ninguna norma en la que expresamente se declare el carácter de orden público del artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Es más, se señaló también, no solo que no es posible considerar que la celebración de estos contratos constituya una conducta prohibida en España, sino también las dudas que planteó la tramitación parlamentaria del artículo 10 y el modo en que tales dudas se reflejaron en su redacción final.

Por otro lado, también al contrario de lo que acontecía en Francia, en España tampoco existía jurisprudencia que declarase, no ya el carácter de norma de orden público internacional del artículo 10.1, sino ni siquiera de norma de orden público meramente interno. Es más, como también se ha tenido oportunidad de constatar, muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales dictados hasta la fecha tanto en la jurisdicción civil y la laboral, así como la doctrina de la DGRN rechazan –a diferencia del TS– que *per se* la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución suponga una violación del orden público español.

Y desde luego, el TS en absoluto acredita en la sentencia de 6 de febrero de 2014 que el reconocimiento en España de relaciones de gestación por sustitución constituidas en el extranjero vulnera el orden público español. Por el contrario se limita a señalar simplemente que la ley española estipula que «*en el reconocimiento de decisiones extranjeras se respete el orden público internacional*». Al margen de que el TS hace referencia incorrectamente al «reconocimiento de decisiones extranjeras» pese a que en el asunto que tuvo que resolver lo que estaba en juego era el acceso al registro de una certificación extranjera, parece evidente que cuando la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada de los menores se basa en exclusiva en la conculcación de una cláusula general de un contenido tan abierto y ajustado al caso concreto, no basta para considerar cumplido el requisito que estamos analizando con señalar en términos genéricos que el ordenamiento español exige el respeto a nuestro orden público.

En definitiva, el elevadísimo nivel de incertidumbre existente en nuestro ordenamiento tanto sobre la naturaleza y contenido del artículo 10 de la LTRHA como sobre el tratamiento registral que debe darse a la inscripción de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución impiden considerar que la denegación de la inscripción sea una solución «accesible» y «previsible» para las personas afectadas.

b) ¿Injerencia justificada?

48. En cuanto a la cuestión esencial sobre la que se centra el auto, la posible justificación de la injerencia en el derecho a la vida privada de los menores, el TS pasa de puntillas sobre una afirmación realizada por el TEDH en las sentencias Mennesson⁵⁵ y Labbasse⁵⁶, según la cual, la invocación del orden público solo resultaría una injerencia tolerable para el artículo 8 CEDH cuando los órganos jurisdiccionales nacionales que invoquen esta cláusula general realicen una justa ponderación entre los intereses generales, garantizando que sus miembros respetan las decisiones adoptadas democráticamente en su seno, y el interés de los recurrentes, teniendo siempre presente el interés de los menores de disfrutar plenamente de su derecho al respeto a la vida privada y familiar. Con ello el TEDH deja claro a los jueces nacionales que no tienen total libertad para construir la cláusula de orden público sino que, por el contrario, a la hora de construir dicha cláusula deben respetarse determinados requisitos y además el propio TEDH puede controlar su cumplimiento.

49. En el caso concreto de las sentencias Mennesson y Labbasse lo que se exige al juez nacional es que integre en la cláusula de orden público, y además como elemento absolutamente esencial, la defensa del interés superior del menor. Dicho en otros términos, no se trata de que el interés superior del menor pueda ser invocado para atenuar o modificar el juego de la cláusula de orden público. Lo que en realidad nos viene a decir el TEDH es que en estos supuestos el interés superior del menor es un elemento que forma parte de la propia cláusula de orden público, y además no es un elemento más, sino el de mayor relevancia.

Sin embargo, si se analiza la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 resulta evidente que el TS apunta en una dirección contraria y, no solo no integra el interés superior del menor en la cláusula de orden público como elemento esencial, sino que *de facto* lo considera como un elemento ajeno, que incluso parece entrar en conflicto con aquel. Como se señaló en páginas anteriores, para el TS el artículo 10 LTRHA parece ser prácticamente el único elemento que conforma el orden público en este ámbito y ni siquiera el respeto al interés superior del menor sería suficiente para atenuar su aplicación. El TS lo deja bien claro, por un lado, cuando analiza el juego de la cláusula de orden público y el contenido del interés

⁵⁵ Fto. 84.

⁵⁶ Fto. 64

superior del menor en fundamentos jurídicos diferentes (Tercero y Quinto, respectivamente) y por otro, al señalar que «*La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo*».

5. LA LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 2011 Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

50. Antes de finalizar el trabajo, resulta necesario conocer qué aporta la LRC 2011 al problema que estamos analizando. La mencionada Ley, cuya fecha de entrada en vigor continúa siendo un enigma, incorpora en el Título X y en diversas normas dispersas a lo largo de todo su articulado, un amplio elenco de reglas que resultan aplicables a los supuestos internacionales⁵⁷. En el caso concreto del acceso al registro de títulos extranjeros, la regulación esencial se contempla en los artículos 96

⁵⁷ Dentro del Título X se contienen reglas sobre acceso al Registro Civil español de los diversos títulos extranjeros (resoluciones judiciales, documentos públicos extrajudiciales, certificaciones registrales), así como de los hechos y actos que afecten al estado civil y que accedan al Registro mediante declaración de conocimiento o voluntad (artículo 99). A ello hay que unir la introducción de una regla específica sobre el régimen del Derecho extranjero en el ámbito del Registro Civil (artículo 100) y otra en la que se recogen los requisitos formales (traducción y legalización) que han de reunir los documentos extranjeros en sede registral (artículo 95).

Fuera del Título X, otros preceptos que inciden en la actividad internacional del Registro Civil son: el artículo 9, en el que se contemplan las reglas sobre competencia registral internacional; los artículos 21 y 23, preceptos que regulan la competencia objetiva para la inscripción de documentos públicos extranjeros; el artículo 27 que proclama el carácter inscribible de los documentos públicos (judiciales y extrajudiciales) extranjeros; el artículo 28, que somete la inscripción sin expediente, en virtud de certificación de Registro extranjero al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España, el artículo 56, que regula el régimen de los apellidos con elemento extranjero y, finalmente, los apartados 4.º y 5.º del artículo 40.3, que regulan la anotación de los hechos o actos relativos a españoles o acaecidos en España que afecte a su estado civil según la ley extranjera y de las resoluciones judiciales extranjeras que no hubieran obtenido el reconocimiento a título principal o que no hubieran sido reconocidas de forma incidental por los encargados del Registro Civil. El artículo 21.4 designa además a la Oficina Central del Registro Civil como autoridad en materia de cooperación internacional sobre Registro Civil.

(resoluciones judiciales), 97 (documentos públicos extrajudiciales) y 98 (certificaciones registrales), preceptos a los que debe añadirse el artículo 95, en donde se contemplan con carácter general los requisitos formales a los que se somete la inscripción de documentos provenientes de otro Estado.

51. En principio, ni en estas normas ni en ninguna otra de la LRC 2011 es posible encontrar regla alguna que se ocupe expresamente de la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir del recurso a la gestación por sustitución, y en principio esto parece razonable en una ley de naturaleza generalista. Ahora bien, pese a ello, la tramitación de la LRC 2011 coincidió con la polémica relativa a la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero derivadas del recurso a las técnicas de gestación por sustitución, por lo que el legislador –o al menos el pre-legislador–, en contra de lo señalado por algún autor⁵⁸, tuvo en cuenta la problemática asociada a estos supuestos, y elevó a rango de ley una de las soluciones contempladas en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En concreto, el artículo 98.2 estipula que *«En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será esta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley»*.

52. El problema se planteará, evidentemente, con aquellos Estados en los que se emita una certificación sin que haya una previa intervención judicial. No obstante, la nueva LRC, al igual que la regulación vigente, convierte en prácticamente imposible la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución en estos casos. La sumisión de la Ley al principio de exactitud procesal (artículo 16) exige al Encargado del Registro velar por la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extra-registral, algo que, como ya se ha indicado, difícilmente acontece con estas certificaciones. Es cierto, no obstante, que la nueva Ley contempla un mecanismo para atenuar los efectos del artículo 89.2, que *de facto* ha venido siendo utilizado por la DGRN en algunos de los expedientes tramitados hasta la fecha de inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución. En concreto, el artículo 89.3 estipula que *«Se*

⁵⁸ Vid. ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, N.º 7863, Sección Doctrina, 22 Mayo. 2012, núm. V.

completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan». El supuesto típico es aquel en el que se ofrezca a los sujetos que insten la inscripción de la certificación registral basada en una previa resolución judicial la oportunidad de presentar esta ante el Encargado del Registro (aunque inicialmente no lo hubiera hecho).

Sea como fuere, es necesario recordar que, al margen de los requisitos generales sobre traducción y legalización exigidos por el artículo 95 para todo título extranjero, las normas específicas sobre inscripción a partir de certificaciones extranjeras se contemplan en el artículo 98, precepto que somete la inscripción a cuatro requisitos: a) Que la autoridad extranjera que expide el certificado sea competente de acuerdo a la legislación de su Estado; b) Que el Registro extranjero ofrezca, en cuanto a los hechos de que da fe, garantías análogas a las exigidas para la inscripción por nuestro ordenamiento; c) La validez del hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera conforme al ordenamiento designado por nuestras normas de conflicto; d) Que la inscripción de la certificación no resulta manifiestamente contraria al orden público español.

53. En el caso de que se pretenda inscribir la filiación mediante la presentación de una resolución judicial extranjera⁵⁹, ya se ha señalado que el TS tradicionalmente se ha mostrado proclive al reconocimiento incidental por parte del Encargado (*i.e.* sin necesidad de obtener un reconocimiento a título principal) ante una autoridad judicial, si bien había apostado, por el reconocimiento conflictual y no por el reconocimiento procesal de este tipo de resoluciones⁶⁰. La LRC 2011 admite también en su artículo 96.1 el reconocimiento registral de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria definitivas por parte del Encargado del Registro, igual que la Instrucción de 5 de octubre de 2011⁶¹. Ahora bien, la LRC

⁵⁹ Con relación a las reglas de la LRC 2011 sobre inscripción a partir de resoluciones judiciales extranjeras, *vid.* HEREDIA CERVANTES, I., «La Ley de Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras», en FONT i MAS M (Dir) *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público* Barcelona, 2014, pp. 301-332.

⁶⁰ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO P., *Eficacia ...*, *op. cit.*, nota 24, pp. 243-244).

⁶¹ No obstante, aunque la LRC 2011 no lo señale de forma expresa, cabe entender que dentro de este precepto solo se incluyen las resoluciones de jurisdicción voluntaria en las que la actividad del juez competente tenga realmente un valor «decisorio» y suponga la creación, modificación o extinción de estados o situaciones jurídicas (adopción, declaración de

2011 va más allá que la Instrucción al permitir el reconocimiento registral, no solo de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, sino también de las resoluciones derivadas de un procedimiento contencioso siempre que sean firmes^{62,63}. La Instrucción no podía incorporar el reconocimiento registral de estas resoluciones porque, al contrario de lo estipulado en los instrumentos europeos y en numerosos textos convencionales vigentes en España, nuestra regulación registral ha sometido hasta la fecha la inscripción de una resolución judicial extranjera en un registro público a su previo reconocimiento a título principal (artículos 38.1 4.^a LRC 1957 y 83 RRC 1958 *a sensu contrario* y artículo 4 LH)⁶⁴. A expensas del futuro del Proyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional⁶⁵, los únicos casos en los que no se exigía hasta la fecha tal requisito en nuestro ordenamiento interno eran los de inscripción de adopciones constituidas por una autoridad extranjera (artículo 27 Ley de Adopción Internacional) y de resoluciones concursales extranjeras diferentes a las de apertura (artículo 222 Ley Concursal). El artículo 96 LRC 2011 da por tanto un giro radical a este panorama normativo, haciéndose eco de una demanda tradicional de nuestra doctrina⁶⁶. La consagración por parte del artículo 96.1 de un

acogimiento familiar, de adopción o de tutela, de ausencia o fallecimiento, nombramientos, etc.). Las decisiones que pongan fin a un procedimiento destinado a la mera documentación, homologación o constatación de situaciones (p.ej., las declaraciones de herederos *ab intestato* o los actos judiciales en los que se recojan las informaciones para perpetua memoria practicadas, y en los que simplemente se documenten declaraciones de testigos sobre ciertos hechos que interesen al solicitante) quedarían incluidas en el artículo 97 LRC 2011, el precepto que regula la inscripción de los documentos extrajudiciales extranjeros.

⁶² Si la resolución extranjera carece de firmeza o, en el caso de las de jurisdicción voluntaria, no es definitiva, el artículo 40.3.^a 5 LRC 2011 únicamente admite su anotación con valor meramente informativo.

⁶³ Con relación al reconocimiento registral puede consultarse *in extenso* el trabajo de DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La expansión del reconocimiento automático y su impacto sobre la actividad registral», *Derecho registral internacional* (Homenaje a la memoria de R. ARROYO MONTERO), Madrid, Iprolex, 2003, pp. 23-42.

⁶⁴ Según el artículo 38 de la LRC 1957, hasta que se verifique tal requisito la resolución extranjera solo podrá ser objeto de una anotación informativa. Se excluyen de esta exigencia tanto las resoluciones extranjeras que simplemente se invoquen para determinar o complementar la capacidad para un acto inscribible (art. 84 RRC) como, tal y como ya se ha señalado, las resoluciones equiparables a una española de jurisdicción voluntaria, que hasta ahora podían ser reconocidas incidentalmente por el registrador mediante un reconocimiento conflictual.

⁶⁵ BOCG-Congreso, Serie A, núm. 149-1, de 30.4.2015.

⁶⁶ *Vid.*: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Inscripción en el Registro Civil de las sentencias alemanas de divorcio sin necesidad de exequáтур. Comentario a la Resolución de la DGRN de 29 de noviembre de 1990», *Poder Judicial*, n.^o 22, 1991, pp. 193-204; LABRADOR ENCINAS, J.,

régimen único para las resoluciones judiciales extranjeras, con independencia de que tengan su origen en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria, tiene además la virtud de evitar los serios problemas de calificación a los que en ocasiones se enfrentaban nuestras autoridades ante determinados tipos de resoluciones cuya naturaleza es difícil de precisar y entre los que se encuentran, precisamente, los de gestación por sustitución.

En cuanto a los requisitos a los que se somete la inscripción en el Registro Civil a partir de resoluciones judiciales extranjeras, son los siguientes: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y, d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. En definitiva, requisitos muy similares a los contemplados en los instrumentos europeos.

54. El problema que se plantea, como puede observarse, es que tanto la inscripción a partir de resoluciones como de certificaciones extranjeras quedan sometidas en la LRC 2011 a la falta de contrariedad manifiesta con el orden público español, por lo que, a menos que varíe la posición del TS sobre esta cuestión o se introduzcan cambios específicos en nuestra normativa interna (en la LRC 2011, en la LTRHA, etc.), que excluyan la contrariedad con el orden público por el mero hecho de que la relación de filiación constituida en el extranjero tenga su origen en un procedimiento de gestación por sustitución⁶⁷, la inscripción en estos casos se antoja en la actualidad prácticamente imposible⁶⁸.

«Comentario a la Resolución de la DGRN de 2 de julio de 1990. *REDI*, Vol. XLIII, 1991, pp. 215-219; RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 64.

⁶⁷ Esto no significaría, por supuesto, que ningún supuesto de inscripción de relaciones de filiación extranjeras derivadas de gestación por sustitución supusiera una vulneración de nuestro orden público. Ya se ha apuntado, y la propia Instrucción de la DGRN lo pone de manifiesto el enumerar los motivos de denegación de la inscripción, que en la medida en que, por ejemplo, el consentimiento de la madre no sea libre o se haya producido un supuesto de tráfico internacional de menores o se negase al menor la posibilidad de conocer su origen biológico, deberá denegarse la inscripción.

⁶⁸ Uno de los propósitos del Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil parecía ser, precisamente, elevar a rango legal la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN. Sin embargo, en la fecha de cierre de este trabajo, tanto el contenido final de este texto como su propia suerte resultan muy inciertos.

6. CONCLUSIONES

La inscripción en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución se encuentra en la actualidad en una situación de absoluta incertidumbre. El periodo de estabilidad y seguridad propiciado por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 finalizó abruptamente con la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 en la que, entre otras afirmaciones, el TS parece dar a entender que la inscripción en estos supuestos siempre sería contraria al orden público español.

Como se ha tenido oportunidad de constatar a lo largo del trabajo, la sentencia de 6 de febrero de 2014 es una resolución tremadamente discutible, que realiza una incorrecta construcción de la cláusula de orden público y del principio del interés superior del menor y que se aparta del camino que se ha seguido en países como Alemania o Austria. Existen además argumentos que permiten considerar que dicha sentencia se opone a la jurisprudencia del TEDH, pese a que el propio TS, en su auto de 2 de febrero de 2015 haya negado esta posibilidad. La posición del TS choca además con la seguida por la jurisprudencia de otros Estados como Alemania o Austria, cuyo ordenamiento se opone a esta técnica (en el caso alemán, incluso está sometida a sanciones penales), y que pese a ello, no han apreciado una contrariedad con su orden público.

La entrada en vigor de la nueva LRC 2011 no serviría para cambiar este panorama ya que la inscripción tanto de certificaciones como de resoluciones judiciales extranjeras se somete al requisito de que ello no suponga una manifiesta vulneración del orden público español. Ello supone que únicamente un cambio en la posición del TS o una actuación de legislador que pusiera de manifiesto que *el mero hecho* de que la filiación constituida en el extranjero tenga su origen en un supuesto de gestación por sustitución no implica una manifiesta vulneración del orden público español, evitarían el cierre absoluto del Registro Civil español.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, N.º 7863, Sección Doctrina, 22 Mayo. 2012, núm. V.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional»; *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), vol. 6, n.º 2, pp. 5-49, (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>).

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 339-377.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en PELLISÉ, C., *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, 2014, pp. 61-74.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., CARRIZO AGUADO, D., Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado española la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?, *La Notaría*, núm. 2, 2014, pp. 59-75.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre. 2009, pp. 52-56, pp. 55-56.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 14, 2008, pp. 4-9.

BAUGHMAN, M. H., «In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy», *Columbia Journal of Gender and Law*, 2001, pp. 263 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Hijos made in California», AC, núm. 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411.

BROWNE-BARBOUR, V. S., «Bartering for babies: are preconception agreements in the best interests of children?», *Whittier Law Review*, 2004, pp. 429-486.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna.

CAMPIGLIO, C., «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 589-604.

CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009».

CUNIBERTI, G., «Nota a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de octubre de 2007, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153.

DE MIGUEL ASENSIO, P., «La Instrucción de la DGRN de 10 de octubre de 2011» (<http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es>).

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La expansión del reconocimiento automático y su impacto sobre la actividad registral», Derecho registral internacional (Homenaje a la memoria de R. ARROYO MONTERO), Madrid, *Iprolex*, 2003, pp. 23-42.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado, Notas de teoría y de dogmática», *ADC*, 2005, pp. 9-74.

DRABIAK, K., WEGNER, C. FREDLAND, V., HELFT, P. R., «Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2007, pp. 300-309.

ESPINAR VICENTE, J. M.^a, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley», en *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea*, *Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 589-604.

FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California: Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, pp. 7-12.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., «Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2011, 9 de septiembre, pp. 15-15.

GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Derecho privado y Constitución*, 2007, núm. 21, pp.167-228.

GREEN, S. B., «Interstate Intercourse: How modern assisted reproductive Technologies challenge the traditional realm of conflicto of laws»: http://works.bepress.com/sonia_green/1).

GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero. Hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)».

GUZMÁN ZAPATER, M., «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2011: «El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55.

HELMS, «Leihmutterschaft und ordre public», *FamRZ*, n.º 3, 2015, pp. 245-246.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, T.LXVI, 2013, fasc. 2, pp. 687-715, pp. 693-695.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Ley de Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras», en *FONT i MAS M* (Dir) *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público* Barcelona, 2014, pp. 301-332.

HEREDIA CERVANTES, I., «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro (a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014)», *Notario del Siglo XXI*, n.º 54.

HEREDIA CERVANTES, I., *Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero*, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 96, 2014, pp.177-214.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., «La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal

Supremo español n.º 835/2013 sobre la gestación por sustitución», *Revista de Derecho del Genoma Humano*, n.º 40, 2014, pp. 171-191.

Informe Preliminar de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de gestación por sustitución, de 10 de marzo de 2012.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Mº.V., «La inscripción de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, V (2012), pp. 365-368.

LABRADOR ENCINAS, J., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 2 de julio de 1990. *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 215-219;

LAMM, E., «Gestación por sustitución», *InDret*, 3/2012, pp. 11-17.

LANDAU, R., «Israel: Every Person has the Right to Have Children», en Blyth, E., Landau, R. (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londres, Nueva York, 2004, pp. 129-147.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario la Ley*, (Sección Doctrina), n.º 7777, enero de 2012 (La Ley 22179/2011).

LURGER, B., «Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchtsverbot», *IPRax*, vol .3, 2013, pp. 282-288.

MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573.

MONÉGER, F., «La gestation pour autrui», *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, pp. 233-244.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.M., «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, pp. 289-329.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217.

OREJUDO, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución», en Navas Navarro, S. (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 465-516.

PAMBOUKIS, Ch., «La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2008, pp. 513-560.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C., «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico» *Anuario de Derecho Civil*, 1994, vol. II, pp. 237-304.

QUIÑONES, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 9-12.

RADIN, M., «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1849 y ss.

RADIN, M., «Reflections on objectification» (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations), *Southern California Law Review*, 1991, pp. 341 y ss.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Madrid, *Eurolex*, 1995.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución», *El Derecho, Boletín de Derecho de Familia*, 1 de septiembre de 2012.

SCOTTI, L.B., «El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»: una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas», *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, esp. pp. 280-283, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-coltmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.

SHALEV, C., GOOLDIN, S., «The uses and misuses of in vitro fertilization in Israel: some sociological and ethical considerations», *Nashim: A Journal*

of Jewish Women's Studies and Gender Issues, 2006, pp. 151-176: <http://muse.jhu.edu/journals/nashim/v012/12.1shalev.html>.

STRUYCKEN, A.V.M., «Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?» Convergence and divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372.

TONNOLO, S., La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 50, n.º 1, 2014, pp. 81-104.

TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level», *Journal of Private International Law*, 7. 2011, pp. 627-647.

TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «General Report on Surrogacy», International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level, Oxford, 2013, pp. 439-550.

VELA SÁNCHEZ, A. J., «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España». A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, en *Diario La ley (Sección Doctrina)*, n.º 7815, marzo de 2012.

VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., Derecho procesal civil internacional, 2.^a ed. Madrid, 2007.

ZWISSLER, «Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Elternstellung bei Leihmutterschaft», *NZFam*, n.º 3, 2015, pp. 118 y ss.

Maquetación:

Secretaría General Técnica
Subdirección General de Documentación
y Publicaciones

Enlaces de contacto:

Contacto Boletín
Normas de publicación en el Boletín del Ministerio
de Justicia
Suscripción al Boletín

