
Técnicas de reproducción asistida

PID_00245605

Eleonora Lamm

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas



Índice

Objetivos.....	5
1. El elemento volitivo en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.....	7
1.1. La voluntad procreacional	8
1.2. Situación legal actual en España	8
1.2.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida	9
1.2.2. Síntesis de la situación legal conforme la LTRHA	12
1.2.3. Derecho a conocer los orígenes	12
2. Gestación por sustitución.....	13
2.1. El marco legal de la gestación por sustitución en España	13
2.2. La situación en España respecto de los casos extranjeros	14
2.2.1. Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución	15
2.3. Breves conclusiones	18
3. Diagnóstico genético preimplantacional.....	19
3.1. La no personalidad jurídica del embrión <i>in vitro</i> en el derecho español	19
3.2. ¿Eugenesia? Aclarando conceptos	20
3.3. Marco legal en España	22
Bibliografía.....	25

Objetivos

Con el estudio de este módulo didáctico, el estudiante alcanzará los objetivos siguientes:

1. Comprender la nueva categoría de filiación surgida como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida (TRA).
2. Conocer la situación legal de esta nueva filiación en España, conforme a la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRA) y la nueva ley de Registro Civil.
3. Aprender a valorar las soluciones proporcionadas por el derecho español y catalán.
4. Introducirse en el análisis de las consecuencias en materia de filiación que generan las TRA.
5. Entender la problemática ética y jurídica derivada del uso de las TRA.
6. Comprender la problemática ética y jurídica planteada por la gestación por sustitución.
7. Adquirir una descripción de la realidad de la figura de la gestación por sustitución.
8. Entender la situación legal y real de la gestación por sustitución en España.
9. Estudiar y comprender los conflictos que genera la gestación por sustitución internacional como consecuencia del turismo reproductivo.
10. Formarse un juicio crítico y fundado de las razones que ameritan la regulación legal de la gestación por sustitución.

1. El elemento volitivo en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

Los progresos científicos y tecnológicos han producido importantes modificaciones en materia de filiación. Las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) han generado lo que se conoce como «revolución reproductiva» porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad; y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como el punto de partida para un gran número de cambios.

Como primera observación, podemos decir que esta reproducción sin sexo que posibilita las TRA ha ampliado los tipos de familia. Las TRA¹ permiten ser padres a quienes no podían serlo; habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual o de personas trans, incluso posibilitan la maternidad de mujeres a edades muy avanzadas. Además, las técnicas reproductivas han abierto las puertas a una planificación de la reproducción que permite evitar la transmisión de enfermedades congénitas, decidir el momento en el que se quiere tener hijos, el sexo de los mismos, etc.

⁽¹⁾Abreviamos *técnicas de reproducción asistida* con la sigla TRA.

Pero allí no terminan los cambios, sino que las TRA han modificado las nociones tradicionales de maternidad y paternidad. En lo que respecta a la maternidad, la máxima del derecho romano «Mater semper certa est» (la madre es siempre cierta) concluyó cuando la ciencia posibilitó que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente a quien aportó los óvulos con los que el embrión se creó en los casos de ovodonación o de gestación por sustitución. En lo que respecta a la paternidad, hasta la aparición de las TRA esta estuvo presidida por presunciones *iuris tantum* (de paternidad por parte del marido de la madre) y por la prevalencia del dato genético, elemento determinante. Sin embargo, cuando el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, veremos que esa teoría no solo se derrumba sino que se niega, y se apuesta por la importancia de la voluntad procreacional, tomada como elemento irrefutable del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre.

En definitiva, las TRA han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre el sentido de la regulación de la filiación.

Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

1.1. La voluntad procreacional

Conforme todos sabemos, antes de la aparición de las TRA solo existía la procreación por medios naturales a través del coito. Quien dejaba embarazada a la mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético; además, la mujer que gestaba el niño lo hacía siempre con óvulos propios. Es decir, el elemento genético, el biológico y el volitivo, en general, coincidían en una misma persona. Decimos «en general» porque puede que ese hombre no haya deseado tener ese niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico, siempre determinante.

Con las técnicas de reproducción humana asistida, quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, las TRA provocan la disociación del elemento genético y del elemento volitivo en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilitan que el nuevo ser esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintas personas que no resultan ser sus padres formales (aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función). Y entonces nos preguntamos: ¿quién es el padre?, ¿el donante que aportó material genético o el que quiso tener el niño?

Hoy, como consecuencia de las TRA, el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca. En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser *parent* (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

Entonces, en materia de determinación de la filiación cuando se trata de TRA, el elemento central, determinante y base es la voluntad de ser padre, y no quién o quiénes aportaron el material genético, es decir, sea que en la práctica médica se utilice material genético de la propia pareja (homóloga) o de alguien externo a quien lleva adelante el proyecto parental (heteróloga), lo cierto es que el vínculo filial queda determinado por la voluntad procreacional, con total independencia de a quién pertenezca el dato genético.

1.2. Situación legal actual en España

La ley que regula en España estas situaciones es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA).

1.2.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

La legislación española, aunque funda la filiación en los casos de TRA en la voluntad, confiere distintas soluciones según se trate de una pareja casada o no casada, heterosexual u homosexual (compuesto por dos mujeres; si son dos hombres deberán acudir a la gestación por sustitución, que es objeto de otro análisis). Veamos los cuatro supuestos.

A. Pareja heterosexual casada

Tratándose de una pareja heterosexual casada que acude a las TRA heterólogas (cuando se utiliza material genético de un tercero distinto de la pareja o persona que recurre a las TRA), la actual redacción de la LTRHA, en su artículo 8.1 establece la disposición siguiente.

«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.»

Artículo 8.1 LTRHA

Según esta disposición, si se consintió, no se puede impugnar alegando no ser quien aportó el material genético; o sea, que el vínculo filial queda determinado por el consentimiento previamente prestado –con las formalidades previstas en el art. 6.3 LTRHA– con prescindencia del elemento genético o biológico.

«El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.»

Artículo 6.3 LTRHA

Así, para atribuir la filiación, en las TRA heterólogas la voluntad debe expresarse a través de los consentimientos exigidos legalmente, ya que de lo contrario no hay fundamento para atribuir con carácter definitivo el estatus legal de padre al hombre que no ostenta vínculo genético alguno con el nacido.

Ahora bien, por tratarse de una pareja heterosexual casada, y conforme al artículo 7.1 de la LTRHA que remite a las reglas de la filiación civil, en estos casos la paternidad del marido quedará determinada mediante la presunción de paternidad del artículo 115 CC. Se recurriría al escrito de consentimiento si se pretendiera impugnar esa paternidad.

Así, en materia de impugnación, como la filiación ha quedado determinada por la voluntad procreacional, el marido que ha consentido no podrá impugnar alegando la falta de vínculo biológico, mas sí podrá impugnar si no ha consentido y se trata de TRA heterólogas.

Presunción de paternidad según artículo 115 CC

Esta solución se afianza por lo previsto también en el inc. 2 del artículo 7, que establece: «En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación».

Esta es en principio la regla que se desprende de la LTRHA, mas, si bien resulta claro cuando se refiere a TRA heterólogas no consentidas debido a que no hay ni voluntad procreacional ni vinculo genético, cabe detenernos en el análisis de lo que sucede en caso de tratarse de TRA homólogas no consentidas. La pregunta es: ¿puede el cónyuge impugnar la filiación en el supuesto de TRA homólogas no consentidas?

La LTRHA no contiene norma alguna sobre este tema. Ante esto, la doctrina española en general entiende que la falta de referencia legal expresa a la posibilidad de impugnar la paternidad derivada de TRA homólogas no consentidas se debe a que no cabe su impugnación. Aunque se considera que el elemento volitivo es el determinante en las relaciones de filiación derivadas de las TRA, en este caso, en el que el cónyuge aporta el elemento genético pero no su voluntad, excepcionalmente este debe ceder ante otros principios fundamentales, como es el *favor filii* y la realidad biológica.

En contra de esta postura se encuentra Verdera Server, para quien la configuración del consentimiento como criterio determinante para la determinación de la filiación derivada de las TRA también debería permitir impugnar la paternidad en estos casos (Verdera Server 2007).

B. Parejas heterosexuales no casadas

Tratándose de parejas heterosexuales no casadas, la determinación de la filiación sobre la base del consentimiento previamente prestado en las TRA heterólogas está regulado en el artículo 8.2.

«Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del 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.»

Artículo 8.2 LTRHA

Aunque el artículo nada diga, este consentimiento también debe reunir los requisitos de expresión libre, consciente y formal, previstos en el artículo 6.3 para el marido, mas como se advierte, la LTRHA prevé distintos requisitos según se trate de una pareja casada o no.

Por tratarse de una pareja no casada, aquí no se aplica la presunción de paternidad.

C. Matrimonios homosexuales compuestos por dos mujeres

Tratándose de matrimonios homosexuales compuestos por dos mujeres, la LTRHA, en su artículo 7.3, establece lo siguiente.

«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.»

Artículo 7.3 LTRHA

Entonces, permite que la filiación de la otra mujer se determine sobre la base del consentimiento, lo que, a su vez, permite determinar la maternidad con independencia del vínculo genético entre la mujer y el hijo.

Esta solución cambia absolutamente la noción tradicional de maternidad. Esto es así porque puede que una de las mujeres haya aportado su gestación y haya parido, pero puede que lo haya hecho con óvulos de la otra mujer o donados –no con los suyos propios–, lo que ya representa un cambio. Pero además, la otra mujer es legalmente madre con la sola aportación del elemento volitivo. Esta segunda mujer no ha gestado, ni por ende parido, y puede que ni siquiera haya aportado su óvulo, y aun así hoy es madre por haberlo así consentido. Como se puede advertir, se trata de una noción de maternidad que se aparta de las estructuras tradicionales.

Ahora bien, la prestación del consentimiento por la mujer cónyuge de la madre requiere un acto positivo que es diferente y más complejo que el que la ley exige al marido que quiere que quede determinada su paternidad respecto del nacido. Mientras que en el contexto matrimonial heterosexual, la filiación paterna queda inicialmente determinada por el juego de presunción de paternidad matrimonial (art. 115 citado) aunque el cónyuge varón no consienta, en la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre gestante se exige su consentimiento, no es automático y no entran en juego las presunciones legales, sino que la determinación de la segunda filiación materna es una facultad suya, no se impone.

Como se puede advertir, tales distinciones son discriminatorias y contrarias al espíritu de la Ley 13/2005, de matrimonio homosexual.

En materia de impugnación, una vez emitido válidamente el consentimiento, el cónyuge no podrá impugnar la filiación (arts. 7.1 y 7.2 LTRHA). Es decir, se aplica, en general, la regla analizada en el primer supuesto.

D. Pareja de mujeres no casadas

La LTRHA solo habla de «mujer casada», por lo que solo contempla la posibilidad de determinar la filiación sobre la base del consentimiento para el supuesto de parejas casadas, lo que evidencia que la ley se quedó a mitad de camino. Esta falta de contemplación de las parejas de mujeres no casadas es injusta debido a que, tratándose de una pareja heterosexual no casada, aunque con los matices expuestos, es suficiente el consentimiento expresado en documento sanitario (arts. 6.3 y 8.2 LTRHA); en cambio, si es una pareja de hecho homo-

sexual, aunque la situación sea idéntica –ausencia en ambos casos de aporte de material genético–, la ley en este segundo caso, pareciera que solo le queda a la otra mujer adoptar.

1.2.2. Síntesis de la situación legal conforme la LTRHA

No obstante las deficiencias del sistema de la LTRHA, de lo dicho se desprende que, en la filiación derivada de las TRA, lo que funda la filiación jurídica no es la capacidad reproductiva (el elemento biológico) sino la voluntad (el elemento volitivo). Las TRA nos obligan a asumir un sistema de filiación fundado en la voluntad respecto de la mujer o el hombre que, independientemente del aporte de material genético, consiente las TRA de la mujer que concibe y da a luz.

Ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico: es querer ser padre o querer ser madre; y eso es precisamente lo que permite la filiación derivada de las TRA al prever un sistema basado en la voluntad.

1.2.3. Derecho a conocer los orígenes

Del artículo 5.5 de la LTRHA se desprende que la donación será anónima y se mantendrán en secreto los datos acerca de la identidad del donante. No obstante, se reconoce, tanto a las receptoras de gametos como a los hijos, el derecho a obtener información general sobre el donante, excepción hecha de su identidad, la cual solo podrá revelarse en supuestos excepcionales que el legislador concreta en:

a) Aquellos casos en que exista peligro cierto para la vida o la salud del hijo.

b) Que proceda conforme a las normas procesales penales. No obstante, la ley aclara en el artículo 8.3 que, si por esta vía llegara a conocerse la identidad del donante, ello no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación.

Además, el artículo 18.3 establece:

«Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas. Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan.»

Cabe destacar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999 de 17 de junio de 1999: recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, declaró la constitucionalidad de estas normas.

2. Gestación por sustitución

2.1. El marco legal de la gestación por sustitución en España

En España, el artículo 10 de la LTRHA establece:

«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 en 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.»

1) La regla es la nulidad de pleno derecho del convenio de gestación por sustitución, sea altruista u oneroso. No hay, pues, vínculo, derecho ni deber que derive de tal acuerdo.

Claramente, la norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución. La sanción de nulidad tiene por finalidad que estos acuerdos no se realicen. Si no obstante la invalidez, el contrato se celebra, la ley:

- Determina quién es la madre. El artículo 10.2 recoge y potencia la antigua regla de que la maternidad siempre es cierta (*mater semper certa est*) y, consecuentemente, la determina por el parto.
- Deja a salvo la reclamación de la paternidad contra el padre biológico. El artículo 10.3 permite que los niños no queden sin filiación biológica paterna. No obstante, la determinación de la paternidad no es automática, pues requiere reclamarla mediante una acción judicial.

2) Desde la perspectiva del derecho punitivo criminal, el Código penal español no tipifica como delito la gestación por sustitución. No obstante, según un sector doctrinal, podría dar lugar a la comisión de dos delitos tipificados en el artículo 220 de ese ordenamiento: suposición de parto (comitente que se atribuye el hijo que, legalmente, es de la persona gestante) y ocultación o entrega del hijo (persona gestante que cumple y lo da al comitente). Si mediara contraprestación económica, también podría llegar a configurar el delito de compraventa de niños, previsto en el artículo 221 del CP.

3) Además, conforme un sector de la doctrina (Franos, 2013), la práctica de la gestación por sustitución podría ser calificada como infracción muy grave, que autoriza sanciones de multa entre 10.000 a 1.000.000 de euros y la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se realiza.

El régimen descrito no provoca que en la práctica no se practique gestación por sustitución en España. Se hace recurriendo a diferentes estrategias para legalizarla, incluida la adopción.

Además, los ciudadanos españoles recurren a la gestación por sustitución en los países que sí la permiten. Cada vez son más los españoles que acuden a la gestación por sustitución (GS) en el extranjero, aunque no sin dificultades a través de lo que se conoce como *turismo reproductivo*.

De manera precisa se puede afirmar que los casos de GS² internacionales suelen dar lugar a diferentes problemas que pueden agruparse en dos categorías:

⁽²⁾Abreviamos *gestación por sustitución* con la sigla GS.

a) Cuando los comitentes desean desplazar el niño del país donde nació para llevarlo a «casa», es decir, al Estado de su residencia.

b) Una vez que el niño está en el Estado de residencia de los comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar la situación legal del niño, principalmente la filiación, y en muchos casos también la nacionalidad de aquel.

Con razón se ha dicho que «el sueño de formar una familia ha ocasionado una incertidumbre jurídica importante, que obliga a los estudiosos del derecho a analizar aspectos de derecho internacional privado, como consecuencia del uso de esta técnica por ciudadanos españoles en países donde es admitida» (Velarde d'Amil 2012). Por eso, los operadores jurídicos deben dar una respuesta a los casos «extranjeros», es decir, a los derechos de los niños que han nacido por gestación por sustitución en otro país.

2.2. La situación en España respecto de los casos extranjeros

El 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo (TS) de España se pronunció por primera vez en un caso de gestación por sustitución internacional; la situación sometida a decisión arrastra una larga historia (casi seis años) que involucra los derechos de dos niños y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino que acudieron a la gestación por sustitución en California, y nacieron gemelos.

La situación visualizó una práctica que se llevaba a cabo desde hacía tiempo. Hasta ese momento, los diversos supuestos involucraron parejas heterosexuales que convenían en el extranjero; como la existencia de la GS no era manifiesta, podían transcribir el acta de nacimiento extranjera en el Registro Civil español sin mencionar la existencia de la persona gestante, como si los niños hubiesen nacido por filiación natural.

El caso de R y C puso en evidencia el diferente trato que puede recibir una pareja según sea homosexual o heterosexual. En efecto, en el certificado de nacimiento emitido por el Estado de California constaba que los padres de los

niños eran los dos hombres; consecuentemente, el 7 de noviembre de 2008, R y C solicitaron la inscripción del nacimiento de los niños como hijos de ambos en el Registro Consular de España de ese estado norteamericano.

2.2.1. Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Ante la situación planteada y los nuevos pedidos pendientes, la DGRN reaccionó con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre «Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución» (BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010) (IDGRN). Este instrumento fijó las directrices «para la calificación de los encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución».

Se trata de proveer un marco de protección que:

- permita el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución;
- garantice que la voluntad de la persona gestante es libre;
- asegure que no se trata de un caso de tráfico de niños; y
- no imposibilite el derecho del niño al conocimiento de su origen biológico.

La IDGRN exige, como requisito previo a la inscripción de los nacidos mediante GS, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una **resolución judicial** dictada por el tribunal competente en el país de origen, que determine la filiación del nacido.

La IDGRN ha permitido regularizar la situación de varios niños y ha generado otros efectos beneficiosos, como la obtención de licencias por «maternidad» o «paternidad».

La situación post-sentencia

No obstante las fundadas críticas a la decisión del TS³, la injusticia de esta sentencia no se limitó al caso, sino que la consecuencia inmediata fue paralizar las inscripciones que se venían realizando de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, de conformidad con la instrucción de la DGRN

⁽³⁾ Abreviamos *Tribunal Supremo* con la sigla TS.

de 5 de octubre de 2010, dejando a muchos recién nacidos en un limbo legal. Situación que, como se verá, se remedia con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La jurisprudencia del TEDH

Pocos meses después de la decisión del TS, se pronuncia el TEDH, y echa por tierra la pretendida defensa del interés superior del niño que argumentaba el TS.

El TEDH viene a precisar qué debe entenderse por «interés superior del niño» en los casos de gestación por sustitución, estableciéndolo como criterio imperante en toda decisión. Así, mientras que el TEDH sitúa el interés superior del niño por encima del orden público (OP) internacional francés, el TS español otorga prevalencia al OP internacional español, y por ello impide que el acuerdo de GS despliegue sus efectos en España. El mensaje del Tribunal Europeo, en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, es claro: el interés superior del niño es un elemento prioritario en la definición del orden público.

En los casos *Mennesson*⁴ y *Labassee*⁵ ante el mismo país, Francia, el TEDH declaró por unanimidad que Francia ha violado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero.

⁽⁴⁾Demanda núm. 65192/11.

⁽⁵⁾Demanda núm. 65941/11.

En definitiva, según el TEDH, si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad. Esta afirmación repercute en los casos de GS internacional, facilitando o propiciando el reconocimiento de las filiaciones determinadas en los países donde se llevó a cabo la GS. Esto sucedió en Francia y Alemania, entre otros países.

El impacto de las sentencias del TEDH

Las dos sentencias del TEDH que condenan a Francia a reconocer la filiación de tres niñas nacidas por gestación por sustitución vienen a alterar directamente los efectos de la sentencia del TS del pasado febrero (835/2013). Sucede que, aunque estas sentencias no conciernen directamente a España, sientan un precedente para toda la UE que debe ser tenido en cuenta. A diferencia de la doctrina del TS, el TEDH establece claramente que el interés superior del niño está por encima del orden público.

Esto condujo a que la DGRN establezca que «en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está

plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los registros civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello».

El auto aclaratorio del TS

No obstante parecía que las sentencias del TEDH habían mejorado la situación, lo resuelto en la sentencia del TS en 2014 fue luego confirmado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en un auto del 2 de febrero 2015 (recurso núm. 245/2012). Allí se argumentó que la sentencia del 6 de febrero de 2014 no vulneró los derechos fundamentales de los niños, ni de quienes pretendían ser inscritos como progenitores (igualdad y vida privada) debido a que esa sentencia respeta la doctrina establecida por el TEDH –en los casos analizados–, pues permitió el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar *de facto* entre los recurrentes y los niños al instar al Ministerio Fiscal para que adoptara las medidas pertinentes, en el sentido indicado, para la protección de los niños.

El auto sostiene que la «sentencia no anula la inscripción de la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, “cumplir unas formalidades”, y llegar al mismo sitio [...] La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del niño, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del niño, es la filiación biológica [...] y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar *de facto* en el que estén integrados los niños, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del niño se controla y protege por el juez que la constituye».

Afirma que «las molestias e inconvenientes que para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada. Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de

suficientes medios para evitar perjuicios a los niños durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar *de facto* afirmado en la sentencia».

¿Cuál podría ser la suerte del caso español en Estrasburgo? Aunque se argumente que la remisión a la reclamación de la paternidad y a la adopción por parte de las autoridades españolas marca la diferencia con el caso francés, esta constituye una solución «de segunda». 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 niños sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica.

2.3. Breves conclusiones

Para un grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de tener un hijo, por lo que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.

Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie y represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad, y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.

3. Diagnóstico genético preimplantacional

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) como una técnica que consiste en el análisis de cuerpos polares, blastómeras o trofoectodermo de ovocitos, cigotos o embriones para la detección de alteraciones específicas, genéticas, estructurales, y/o cromosómicas.

En término más coloquial, puede decirse que el DGP⁶ es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación *in vitro* que permite detectar, mediante una biopsia embrionaria, alteraciones específicas, genéticas, estructurales y/o cromosómicas de un embrión antes de su implantación en el útero de la persona.

⁶Abreviamos *diagnóstico genético preimplantacional* con la sigla DGP.

El objetivo del DGP es asegurar una descendencia sana y evitar la transmisión de una determinada patología. No obstante, y cada vez con más frecuencia, también recurren al DGP aquellas parejas con problemas reproductivos –DGP de *screening* de aneuploidías (DGSA)–, ya que este tipo de diagnóstico permite detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que puedan comprometer su viabilidad.

Recientemente, también se utilizan las técnicas de DGP en casos de predisposición al cáncer y de enfermedades de aparición tardía, lo que ha provocado cierto debate, ya que en el primer caso no existe la certeza de que la descendencia vaya a desarrollar la enfermedad, y en el otro, del momento de la aparición.

Ahora bien, además de estos fines, el DGP también se utiliza para seleccionar un embrión compatible con un niño ya nacido enfermo, a los efectos de un trasplante.

3.1. La no personalidad jurídica del embrión *in vitro* en el derecho español

La postura de la no personalidad jurídica del embrión *in vitro* también es receptada por el Tribunal Constitucional (TC) de España (STC 53/1985 del 11 de abril), que aunque no se expidió de manera expresa sobre la naturaleza jurídica del embrión, dice con toda claridad que la vida humana es un proceso que se inicia con la gestación, afirmación que justifica la menor protección de la que son objeto los embriones *in vitro*. Esta menor protección explica que el mismo tribunal, en una decisión posterior, la número 116/1999, declarara constitu-

cional la crioconservación de embriones, tras afirmar que «los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno».

Las explicaciones del TC

STC 53/1985 del 11 de abril

En esa oportunidad –en el marco de un proceso en el que se debatía la declaración de inconstitucionalidad de la no punibilidad del aborto en determinados supuestos solicitada por un grupo de 54 diputados– sostuvo que:

«la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte».

La STC 212/1996, en su pleno de 19 de diciembre, reiteró la tesis anterior.

STC 116/1999

En esa decisión posterior, el TS afirmó que la crioconservación no solo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias (FJ. 11).

La no personalidad del embrión *in vitro* subyace en todas las normas que resaltan la trascendencia del «nacimiento con vida» como punto de inflexión del proceso de gestación, considerándolo el comienzo de la personalidad en sentido jurídico, es decir, la titularidad de derechos y obligaciones, sin perjuicio de que se reconozcan y protejan durante el período de gestación, derechos sucesorios, de manutención o vinculados a la salud, en los casos que corresponda.

Si el feto no es persona, tampoco lo es el embrión, que ni siquiera se encuentra en el útero de la persona y es una etapa previa de desarrollo.

3.2. ¿Eugenesia? Aclarando conceptos

El avance de la investigación sobre la genética y la genómica humanas planteó, en el ámbito científico, la posibilidad de favorecer el nacimiento de individuos libres de enfermedades genéticas, temidas por los antecedentes de los padres, abarcándose estos intentos bajo la denominación general de «nueva eugenesia».

Es necesario, pues, diferenciar la eugenesia «positiva» de la «negativa». La primera incluye todo intento destinado a mejorar la dotación cromosómica o rasgos físicos y mentales, mientras que la eugenesia negativa obra evitando la transmisión de genes alterados ya sea mediante la eliminación física de sus portadores o bien impidiendo la reproducción de estos individuos. De acuerdo a esta clasificación, el DGP se consideraría una forma de eugenesia negativa ya que comporta la discriminación embrionaria basada en las características genéticas.

La ética laica, entendida como «promoción del bien e impedimento de hacer el daño», en general se opone a la eugenesia perfectiva, es decir, la ingeniería genética de mejora, y acepta la eugenesia con usos «terapéuticos» como parte de la biomedicina predictiva.

Daniel Soutullo lo explica de la siguiente manera: no es lo mismo evitar una enfermedad en una persona que la va a sufrir inexorablemente, que potenciar la resistencia frente a enfermedades que puede ser que no se llegue a contraer nunca; no es igual eliminar una dolencia real que tratar una posibilidad, o bien realizar una terapia que potencia, por ejemplo, la inteligencia. En el segundo caso, puesto que no es posible someter a toda la población a estos tratamientos de mejora, los individuos que se tratan con estas intervenciones son colocados en mejor posición y, consecuentemente, los riesgos de discriminación social en desmedro de los más vulnerables son graves (Soutullo 2000). Por eso, la búsqueda del bienestar de la descendencia evitando la transmisión de alteraciones genéticas graves a través de la técnica está justificada éticamente. Los padres y madres tienen entonces el derecho de recurrir al DGP para tener un niño sano. Este posicionamiento supone un aumento de la autonomía de los padres y madres garantizando el derecho a la libertad individual de decidir. A su vez, permite seleccionar aquella opción que mejor se adapta a sus principios éticos, reduciendo la posible carga psicológica que implicaría tener que recurrir al aborto terapéutico de fetos afectados en el caso de no realizar el DGP.

Más aún, algunos bioeticistas sostienen que, independientemente de las creencias de cada cultura, existe una responsabilidad de profesionales y pacientes frente a la descendencia que obliga a adoptar actitudes prudentes ante decisiones reproductivas que afectan a la calidad de vida de futuras generaciones. Argumentan tres razones:

- el aumento del bienestar del niño,
- la ampliación de su autodeterminación, y
- la reducción de las desigualdades.

En este sentido, Żuradzki se posiciona a favor del diagnóstico genético preimplantacional, al que califica de «deber» de los progenitores. Sostiene que si los embriones creados *in vitro* fueran capaces de decidir por sí mismos de una manera racional, elegirían el DGP como método de selección. Las parejas, por lo tanto, deben respetar sus decisiones hipotéticas en un principio similar al de la autonomía del paciente. En su tesis, sin importar la moral que la pareja suscriba, debe llevar a cabo el procedimiento de DGP en las situaciones en las que es imposible implantar todos los embriones creados, y si hay un riesgo significativo de dar a luz a un niño con graves condiciones.

Finalmente, el DGP cumple con el principio de no maleficencia al ser una técnica segura, pues no existen evidencias que demuestren efectos nocivos de la biopsia en el desarrollo embrionario y posterior implantación tras la transferencia

¿Qué sucede con la terapia génica? ¿Y con la edición genética?

La expresión **terapia génica** designa técnicas aún experimentales y largamente proyectivas tendientes a la corrección de uno o varios genes en los que la lesión (mutación) implica para el ser humano la existencia de enfermedades más o menos graves. Se denomina **terapia somática** cuando ello concierne a las células diferenciadas (de fetos o de adultos). Se denomina **terapia germinal** cuando ella interviene sobre los gametos o sobre el huevo fecundado, o en los primeros estadios de división embrionaria, siempre que mantengan su totipotencia. Mientras la terapia en línea somática afecta únicamente y solo a la persona que se somete a ella, las intervenciones en línea germinal tienen la virtud de transmitir los resultados de la manipulación a las generaciones futuras. Por este camino, se intuyó, podrían instalarse diversas «intervenciones de mejora», y podrían llegar a afectar –en una hipótesis arriesgada– al patrimonio genético de la especie.

El temor por los excesos que pudieran derivarse de su aplicación motivó que en una primera etapa los instrumentos internacionales optaran mayoritariamente por su prohibición.

Bergel se pregunta, con razón, si sigue teniendo sentido la prohibición de una intervención sobre el genoma en la línea germinal con el fin de evitar en la descendencia la transmisión de una enfermedad genética, o una predisposición a ella. Responde que todo depende de la finalidad perseguida y distingue: la que enfrenta el proyecto terapéutico (permitido) frente al no terapéutico (prohibido), sea que se refiera a terapias en línea somática o germinal.

3.3. Marco legal en España

En lo que respecta al DGP, este está previsto en la LTRHA, que en el artículo 12 prevé:

- 1) 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 afectados para su transferencia.

b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

2) La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

En tanto la terapia génica, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida permite la terapia génica germinal cuando se trata de una terapia que actúa sobre genes patológicos, de modo que solo la prohíbe cuando implica la modificación de caracteres genéticos no patológicos, la selección de sexo y la manipulación genética con fines no terapéuticos, o los terapéuticos no autorizados.

Posibilidad y prohibición de terapia génica germinal

Así, el artículo 13 de esa ley prevé que:

«1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo *in vitro* solo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.»

Artículo 13 de la Ley 14/2006

Por su parte, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica regula como infracción grave realizar modificaciones genéticas que repercutan en el genoma de la descendencia.

2) La terapia que se realice en preembriones *in vitro* solo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola, haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta, y las hayan aceptado previamente.

b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.

c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto.

3) La realización de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Bibliografía

Beaumont, P.; Trimmings, K. (2016). «Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?».

Bergel, S.; Flah, L.; Herrera, M; Lamm, E.; Wierzba, S. (2015). *Bioética en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La ley.

Durán Ayago, A. (2012). «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *Anuario español de Derecho internacional privado* (t. XII, pág. 265-308, en pág. 302).

Farnós Amorós, E.; Benavente Moreda, P. (2016). «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia». *Revista de bioética y derecho*. Publicación del Máster en bioética y derecho (núm. 36, pág. 93-111, ISSN-e 1886-5887).

Farnós Amorós, E.; Benavente Moreda, P. (coord.) (2015). *Treinta años de reproducción asistida en España*. Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual (recurso electrónico). Madrid: Ministerio de Justicia.

Farnós Amorós, E. (2013). «Surrogacy arrangements in a global world: The case of Spain». *International family law* (marzo, pág. 68-72, en pág. 70).

Fuente Núñez de Castro, M. S. de la (2015). «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014». *InDret: Revista para el análisis del derecho* (núm. 1, ISSN-e 1698-739X).

Lamm, E. (2013). «Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres». Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.

Lamm, E. (2012). «Gestación por sustitución. Realidad y derecho», *InDret. Revista para el análisis del derecho* (vol. 3, pág. 1-49).

Malek, J; Daar, J. (2012). «The case for a parental duty to use preimplantation genetic diagnosis for medical benefit.» *The American journal of bioethics* (vol. 12, núm. 4, pág. 3-11).

Navarro Michel, M. (2012). «Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España». *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de familia* (núm. 57, pág. 91 y sig.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sádaba, J. (2004). *Principios de bioética laica*. Barcelona: Gedisa.

Santaló, J.; Casado, M. (coord.) (2016). *Documento sobre bioética y edición genómica en humanos*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona [documento en línea] <<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08543.pdf>>

Soutullo, D. (2000). «Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal». Conferencia pronunciada en el Instituto de Biotecnología de la Universidad de Granada el 11 de mayo de 2000. Disponible en el portal de internet de la Universidad de Granada (accesible en línea).

Trimmings, K.; Beaumont, P. (2013). «General report on surrogacy». En: Trimmings, K.; Beaumont, P. (eds.). *International surrogacy arrangements* (pág. 439-550). Oxford: Hart Publishing.

Tuñón, D.; Boada, M.; Veiga, A. (2014). «Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales». *Revista de derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* (núm. 63).

Vela Sánchez, A. J. (2015). *Técnicas de gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas para su eficacia en España*. Madrid: Reus.

Velarde d'Amil, Y. (2012, septiembre). «Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución». *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia* (núm. 3, págs. 61-70).

Verdera Server, R. (2007). «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida». En: Corbacho (dir.); Iniesta Delgado (coord.). *Comentarios a la Ley*

14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (págs. 211-304). Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

Żuradzki, T. (2014). «Preimplantation genetic diagnosis and rational choice under risk or uncertainty» [Diagnóstico genético preimplantacional y elección racional bajo riesgo de incertidumbre]. *Journal of medical ethics* (16/05/2014).