

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: LIMITACIONES PARA SU PRÁCTICA

ENCARNA SERNA MEROÑO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Murcia

Recepción: 08/08/2012

Aceptación después de revisión: 18/09/2012

Publicación: 28/10/2012

I. INTRODUCCIÓN. II. EL LLAMADO DERECHO A PROCREAR. III. ¿ESTÁ PROTEGIDO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL EL DERECHO A TENER HIJOS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA? IV. LA UTILIZACIÓN DE LAS TRHA Y SUS LIMITACIONES: 1. *Por razón de edad.* 2. *Por razón de sexo.* 3. *Por razones de capacidad.* 4. *Por razón económica y social.* V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La utilización de las técnicas de reproducción asistida presupone un derecho reconocido a las personas en cuanto la voluntad de tener descendencia biológica propia se configura como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

La variedad de mecanismos previstos para la reproducción asistida plantea desde el ámbito jurídico diversos interrogantes que no siempre se pueden resolver con una respuesta única.

La práctica de las técnicas de reproducción asistida presenta limitaciones, unas veces motivadas por cuestiones naturales, en cuanto que siempre es imprescindible la intervención de la mujer, pero además se exige que ésta tenga las condiciones tanto físicas como psíquicas idóneas para poder ser usuarias de las técnicas, en otras ocasiones, las limitaciones vienen impuestas por cuestiones socio-económicas.

PALABRAS CLAVES: reproducción asistida; el llamado derecho a procrear; la dignidad de la persona; el libre desarrollo de la personalidad.

ABSTRACT

The use of the assisted reproductive techniques is a right recognized to people as soon as the will to have own biological offspring is configured

as a manifestation of the free development of the personality. The variety of mechanisms for assisted reproduction raises various questions from the legal field and they can not always be resolved with a single answer. The use of assisted reproductive techniques has limitations, sometimes motivated by issues natural, because the intervention of women is always indispensable, but it is also required to have both physical and mental conditions in order to be users of the techniques, and on other occasions, the limitations are imposed by socio-economic issues.

KEY WORDS: assisted reproduction; the so-called right to procreate; the dignity of the person; the free development of the personality.

I. INTRODUCCIÓN

El avance de la ciencia médica ha permitido la práctica de una serie de técnicas por las que mediante la manipulación de los elementos reproductores humanos se puede llegar a la procreación. La actual regulación de las técnicas de reproducción humana asistida no establece un número cerrado de estas técnicas, tal como se hacía en la legislación anterior, y en Anexo, el texto legal vigente recoge las técnicas que hoy se utilizan y cuya práctica está muy consolidada, a saber: la inseminación artificial; la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; la transferencia intratubárica de gametos. También se citan los procedimientos diagnósticos, procedimientos dirigidos a evaluar la capacidad de fecundación de los espermatozoides humanos consistentes en la fecundación de ovocitos animales hasta la fase de división del óvulo animal fecundado en dos células, momento a partir del cual se deberá interrumpir la prueba.

No obstante, hay que tener en cuenta que en la Exposición de Motivos de la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) se señala la adopción de un criterio abierto al enumerar las técnicas porque solo se recogen de forma explícita aquellas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse en la actualidad. Para evitar una petrificación normativa, se habilita a la autoridad sanitaria competente, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada de nuevas técnicas y siempre que se haya constatado su evidencia científica y clínica se admite la posibilidad de que el Gobierno, mediante real decreto, pueda actualizar la lista de técnicas autorizadas.

La variedad de mecanismos previstos para la reproducción asistida plantea desde el ámbito jurídico diversos interrogantes que no siempre se pueden resolver con una sola respuesta, puesto que habrá que atender al supuesto concreto para encontrar la solución más adecuada de acuerdo con las peculiaridades del caso.

II. EL LLAMADO DERECHO A PROCREAR

La posibilidad de procrear mediante técnicas de reproducción asistida ha llevado a la doctrina a plantearse si existe un verdadero derecho a la utilización de estas técnicas. Ahora bien, como se ha señalado, entrar en la cuestión de si las personas tienen derecho a tener hijos, y en particular, si se puede reclamar el derecho a recibir ayuda para tener los hijos que se desean, plantea un debate que nos lleva necesariamente al ámbito de la moral en un sentido público y social, puesto que los derechos no son simplemente una cuestión de conciencia individual, ya que la reclamación de un derecho es un acto público, que exige su ejercicio y reconocimiento, no solo para el sujeto que lo demanda sino también para los demás¹.

La utilización de las técnicas de reproducción asistida plantea muchas dudas sobre su configuración jurídica. Las aportaciones doctrinales que se han realizado sobre esta cuestión son diversas². En líneas generales, se pueden reducir a la dualidad de encuadrarlas, bien como la manifestación de un derecho a procrear, o bien como una expresión del derecho a la salud. En la primera posición, se defiende que la persona tiene derecho a reproducirse de la forma que mejor prefiera y por tanto las técnicas de reproducción asistida se configuran como un modo alternativo a la procreación normal. En la segunda opción, se considera que la utilización de las técnicas deriva más bien de un derecho a la salud y se contempla como una actuación médica ante la esterilidad, y por tanto su utilización estaría justificada en aquellos casos en los que

¹ En este sentido, WARNOCK, Mary, *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, pág. 25. En el ámbito jurídico, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, T. I, 2.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 573, definió al derecho subjetivo como la situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa.

² Por todos, ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 302 y ss., que recoge las diferentes aportaciones doctrinales con enfoques distintos del derecho a usar las técnicas de reproducción asistida.

esté manifestada claramente esta circunstancia, y solo podría ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida la persona con problemas para procrear por medios normales.

Ahora bien, el planteamiento de la cuestión no es neutral, pues la solución que se adopte implicará consecuencias diferentes en las distintas materias a resolver³.

Respecto a la primera opción, señalar que la evolución del llamado derecho a procrear nos lleva a observar que en sus orígenes se entendía comprendido como una manifestación más de la protección de la familia, esto es, la familia se configura como el lugar privilegiado donde el individuo afirma su personalidad, y donde el hombre y la mujer deciden cuándo y cuántos hijos quieren tener, se reconoce un derecho de contenido negativo en virtud del cual el Estado no debe interferir en la libertad de procrear de las personas⁴.

La posibilidad de que los individuos tenga un control sobre su capacidad reproductiva tiene su reflejo en diferentes textos jurídicos de ámbito internacional y de manera primordial, se contempla como una manifestación especialmente relevante de la protección de la autonomía personal de las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos⁵.

³ Vid. ROCA I TRIAS, Encarna, «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, págs. 17 y ss. En este Congreso celebrado en Vitoria entre los días 28 de septiembre a 2 de octubre, la autora de la ponencia recoge las diferentes aportaciones de la doctrina que se utilizan para justificar el uso de las técnicas de reproducción asistida, bien como el ejercicio de un posible derecho a la procreación o como un derecho a la salud. La autora pone de manifiesto que la opción elegida llevará a soluciones muy diferentes, que pasan, entre otras, no solo por justificar o no que las técnicas puedan ser aplicadas a las mujeres solas (pág. 30), sino también por dar una solución distinta al ámbito de responsabilidad de los terceros que intervienen en el proceso (médicos y equipos correspondientes), porque si se entiende que el uso de las técnicas se hacen derivar de un derecho a la salud, las normas de responsabilidad serán las exigidas para un acto médico, mientras que si se entiende que el derecho a reproducirse deriva de un derecho fundamental, la responsabilidad por su violación traerá como consecuencia las previstas para la protección de un derecho fundamental, pág. 35.

⁴ Vid. ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, «Nuevos límites del derecho a procrear», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 20, 2006, págs. 12 y ss. que realiza un análisis sobre la evolución del derecho a procrear y recoge las distintas opiniones de la doctrina especializada y de los textos internacionales donde se trata esta materia.

⁵ En este sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) que fue aprobada en la Organización de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España el 18 de diciembre de 1983, si bien la ratificación se realizó con la reserva de *no afectar a las disposiciones constitu-*

En España, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁶, recoge esta orientación y en el primer apartado del Preámbulo señala que la capacidad de procreación está directamente vinculada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y merece una protección a través de distintos derechos fundamentales, en especial, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Se señala que los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.

Es indudable que las mujeres tienen un especial protagonismo en el reconocimiento del derecho a decidir si quieren o no tener hijos, pero también la negativa del hombre a procrear ha tenido especial protagonismo cuando su voluntad de no querer tener hijos se ha concretado en determinadas situaciones. Parece evidente que la voluntad del hombre no puede ser decisiva, por ejemplo, para que su pareja tome o no anticonceptivos para no tener hijos. Sin embargo, en el ámbito de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, la voluntad del hombre a no querer tener hijos adquiere una trascendental importancia, en concreto en aquellos casos en los que el material reproductivo del marido de la mujer usuaria de las técnicas tenga que ser utilizado para la práctica de la técnica reproductiva.

cionales en materia de sucesión a la Corona. Su publicación se realizó en el *Boletín Oficial del Estado* el 21 de marzo de 1984.

La Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en 1995, reconoció que «los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia».

En la Unión Europea, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se contiene un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anti-concepción y embarazos no deseados.

⁶ Está pendiente de resolver el recurso de inconstitucionalidad número 4523-2010, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 30 de junio de 2010, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, contra los arts. 5.1.e), 8 *in limine*, y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15.a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2, párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

A los efectos que aquí nos interesa, recordar que nuestra legislación vigente dispone que cuando se utilicen preembriones, la mujer deberá prestar su consentimiento, y en caso de que estuviera casada también su marido, esta voluntad se manifestará tanto con anterioridad a la generación de los preembriones (cfr. art. 11.5), como al momento de su implantación, ya que los avances médicos han hecho posible que este material reproductor pueda conservarse durante mucho tiempo, por ello se deja también la posibilidad de que dichos consentimientos puedan ser modificados en cualquier momento con anterioridad a su aplicación (cfr. art 11.6). Es precisamente en el caso de revocación del consentimiento del marido cuando se ha evidenciado que la voluntad del hombre de no querer tener hijos es decisiva.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷. El asunto había sido planteado por una mujer británica que trataba de conseguir un pronunciamiento judicial encaminado a invalidar la revocación del consentimiento dado por su anterior marido a la crioconservación y posterior implantación de los embriones. El Tribunal, en una sentencia que se recurrió y que fue confirmada por la Gran Sala, denegó la solicitud de la mujer, que no tenía ninguna posibilidad de poder tener hijos biológicos propios sin este material reproductor y respaldó el derecho que tiene el marido a revocar su consentimiento, se reconoció el derecho del hombre sobre sus gametos que por medio de la fecundación *in vitro* habían producido los preembriones crioconservados, y por tanto consideró legítima su negativa a ser convertido padre en contra de su voluntad⁸.

Sin duda, no es un tema fácil de resolver puesto que están en juego importantes intereses; por una parte, los de la mujer a poder utilizar las técnicas de reproducción asistida con su propio material reproductor; por otro, los del marido que ya no quiere que el suyo se utilice por la mujer con la que inicialmente estaba dispuesto a tener un hijo.

Una cuestión de tanta trascendencia no parece que deba ser resuel-

⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección cuarta), caso *Evans v. U.K.*, de 7 de marzo de 2006. Esta sentencia fue confirmada por la Gran Sala en sentencia de 10 de abril de 2007.

⁸ No obstante, en la sentencia también se admitió que dada la falta de consenso internacional en la interpretación de la legislación europea sobre derechos humanos, podría admitirse otras soluciones. Un análisis de esta sentencia, así como de la legislación y jurisprudencia comparada sobre este tema se puede consultar en ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, «Nuevos límites del derecho a procrear», *ob. cit.*, págs. 23 y ss. Véase también FARNÓS AMORÓS, Esther, «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida», en *Indret*, n.º 408, www.indret.com, 1/2007.

ta con criterios generales, sino que exige tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, parece acertada la tesis mantenida de que junto con el derecho a no ser forzado a procrear, también se tenga en cuenta el derecho a gestar los embriones en aquellos casos en los que la parte que los reclama no tenga otra forma alternativa de tener hijos biológicos⁹. En este sentido sería adecuado admitir ciertas excepciones a la regla de la revocabilidad, pues con ello se evitaría que el hombre tuviese un derecho absoluto de veto a la implantación de los preembriones que pudiera solicitar la mujer¹⁰.

De lo dicho hasta ahora, parece adecuado mantener que los textos legislativos reconocen y protegen la voluntad de no querer tener descendencia.

Ahora bien, no es pacífica la interpretación de que se reconozca en positivo un derecho a procrear. Por una parte, se ha señalado que la necesidad de tutelar a la persona en todos sus extremos, lleva a reconocer de manera explícita el derecho a la reproducción en diversos ámbitos, tales como, decisiones de comités de ética, resoluciones de organismos internacionales, legislaciones sectoriales en torno a las implicaciones morales y jurídicas de los descubrimientos científicos sobre la vida humana, cuestiones que se conocen como decisiones relativas a la propia vida, de las cuales no pueden excluirse la vertiente reproductiva¹¹. Pero, por otra parte, se ha mantenido que es difícil admitir que en el ordenamiento internacional haya un reconocimiento claro y preciso que asuma la utilización de las técnicas de la reproducción asistida como vertiente positiva de dicho derecho¹².

Desde el punto de vista doctrinal encontramos diversidad de opiniones. Para un sector doctrinal es innegable la existencia de un derecho a procrear e incluyen dentro del mismo el derecho a procrear por medio de las técnicas de reproducción asistida¹³. Para otro, no existe

⁹ ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, «Nuevos límites...», ob. cit., pág. 55. Asimismo, se plantea también la posibilidad de que en determinados casos la parte dañada por la revocación del consentimiento pueda reclamar una reparación de los perjuicios en base, en el caso español, en la responsabilidad extracontractual generada por la promesa de no revocar, en aquellos supuesto que así se hubiera previsto.

¹⁰ En este sentido FARNÓS AMORÓS, Esther, «Evans v. The U.K. (II): La Gran Sala de la ETD confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja», en *InDret*, www.indret.com, 2/2007.

¹¹ Vid. ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, «Nuevos límites del derecho a procrear», ob. cit., pág. 12.

¹² Vid. en FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 45 y ss.

¹³ Claramente partidaria de esta posición es GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

el derecho a tener hijos y mucho menos el derecho a procrear por medio de la utilización de las técnicas de reproducción asistida¹⁴.

Todavía, se ha matizado que, si bien, nadie puede reclamar el derecho legal a la reproducción asistida, y menos aún al derecho de tener éxito en el intento de tener un hijo, sin embargo las personas estériles que quieran concebir tienen derecho a contar con que se les dará la asistencia médica que precisen, aún en el caso de que tengan que pagar por ella¹⁵.

En resumen, se puede sostener que son muchas las dudas que todavía hoy plantea el reconocimiento de forma explícita de un derecho a procrear en sentido positivo.

La opción de encuadrar la utilización de las técnicas de reproducción asistida como un derecho a la salud, si bien podría estar justificada con la redacción de la anterior LTRA/1988, en cuanto establecía que la finalidad de las técnicas era la «actuación médica ante la esterilidad humana». Con la vigente Ley 14/2006, de TRHA ya no cabe sostener que las técnicas sean solo un remedio contra la esterilidad.

En efecto, el texto inicial del Proyecto de Ley presentado a las Cortes¹⁶, sí recogía como objetivos de la Ley, entre otros, «facilitar la procreación en casos de esterilidad». Pero, durante el curso de la tramitación parlamentaria se presentaron diversas enmiendas que solicitaban la supresión de la expresión «en caso de esterilidad», justificando esta petición porque se entendía que la utilización de las técnicas para nada tenía que vincularse a situaciones patológicas, incluso se proponía que se cambiara el término «procreación» por el «derecho a la maternidad», al entender que tenía connotaciones más apropiadas a la actual técnica jurídica¹⁷. En el Informe de la Ponencia se sigue manteniendo

¹⁴ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, «Mujeres y Técnicas de Reproducción Artificial. ¿Autonomía o Sujeción?», *La Humanidad in vitro*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 161. En su opinión (cita a otros autores para argumentar su posición) no existe el derecho a tener hijos, ni por tanto a realizarlo a través de técnicas de reproducción asistida y desplaza la cuestión hacia el reconocimiento de los derechos de los hijos a venir al mundo y a recibir de sus padres amparo y protección y a ser amados por su propia razón de ser, por sí mismos.

¹⁵ Vid. WARNOCK, Mary, *Fabricando bebés ...*, ob. cit., pág. 65.

¹⁶ Vid. En *BOCG* —Congreso de los Diputados—, Serie A: Proyectos de Ley, 13 de mayo de 2005, n.º 39-1. en el artículo 1 titulado Objeto y ámbito de aplicación de la ley, su apartado 1 letra a) disponía que la ley tiene por objeto: «Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida científicamente y clínicamente indicadas, para facilitar la procreación en casos de esterilidad».

¹⁷ Vid. *BOCG* —Congreso de los Diputados—, Serie A: Proyectos de Ley, 28 septiembre de 2005, n.º 39-8 Enmienda n.º 18 —Firmante el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida— Iniciativa per Catalunya Verds, pedía que se modificara el artículo 1.1, apartado a) no solo solicitando que se suprimiera la referencia al

el texto del Proyecto de Ley inicial¹⁸, y ya en el Dictamen de la Comisión desaparece del texto la expresión esterilidad, si bien no se incluye en la nueva redacción referencia alguna a un derecho a la maternidad tal como pretendían también las enmiendas¹⁹.

La legislación vigente asume que la utilización de las técnicas no queda constreñida a servir como remedio de la esterilidad, pero no considera oportuno introducir en el texto legal de forma expresa el reconocimiento de un derecho a procrear de contenido poco preciso. Se admite que en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida no solo se ha tenido en cuenta su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, sino también su ámbito de actuación al desarrollo de otras técnicas complementarias para evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo, todavía se va más allá, puesto que el diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y en ese sentido se permite la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativa, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar del enfermo.

Llegados a este punto, convendría reconducir la discusión y cuestionar si dada la dificultad de concretar el contenido del derecho a procrear, pero también el del derecho a la salud, pues la salud afecta no solo a la integridad física sino también a la psíquica, en cuanto que la persona es una indisoluble unidad psicofísica, no parece acertado dejar en esta dualidad de derechos la justificación del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pues en ambos casos se trata de expresiones en las que se ha pretendido asentar derechos con perfiles muy difuminados.

Por ello, acaso como ha mantenido PERLINGIERI para abordar los derechos que afectan a la persona es conveniente superar las clasificaciones dogmáticas y las discusiones doctrinales porque ceñirse a estas cuestiones sería abordar el problema con un carácter reduccionista e

término esterilidad, sino que se incluyera la aplicación de las técnicas era «para facilitar el derecho a la maternidad y paternidad». La Enmienda n.º 29 —Firmante el Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana— plantea una modificación de parecido contenido a la anterior enmienda y con justificación muy similar.

¹⁸ Vid. *BOCG* —Congreso de los Diputados—, Serie A: Proyectos de Ley, 20 diciembre de 2005, n.º 39-10.

¹⁹ Vid. *BOCG* —Congreso de los Diputados— Serie A: Proyectos de Ley, 29 diciembre de 2005, n.º 39-13.

incompleto, pues no siempre se puede compartir que la diversidad de los intereses fundamentales del hombre se traduzcan en una pluralidad de derechos fundamentales diversificados con contenido y disciplinas distintas, lo relevante es el valor de la persona unitariamente entendida, pues en realidad el valor de la persona escapa de rígidas y unívocas caracterizaciones y asume las configuraciones más diversas como elección técnica²⁰.

III. ¿ESTÁ PROTEGIDO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL EL DERECHO A TENER HIJOS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

Con carácter general, se ha planteado la hipótesis de si el derecho a tener hijos o a ser ayudada en la concepción se puede configurar como un derecho natural o un derecho humano universal de la persona, dándose una respuesta negativa a esta cuestión²¹.

En el ámbito constitucional español, de forma expresa, no se contempla el derecho a procrear y mucho menos a realizarlo mediante técnicas de reproducción asistida. Su reconocimiento, para aquellos autores que sí defienden su existencia, lo consideran más bien una manifestación de otros derechos recogidos en el texto constitucional.

Las técnicas de reproducción asistida pueden ser solicitadas tanto por personas estériles, como también por otras que no tienen problema alguno para poder concebir por medios naturales, por ello la utilización de las técnicas de reproducción asistida tampoco puede hoy plantearse como un derecho de protección a la salud, como se hizo inicialmente por algún sector doctrinal²².

Por otra parte, se ha mantenido que el derecho a procrear hay que encuadrarlo dentro del derecho a fundar una familia²³. Este derecho se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que las nor-

²⁰ PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, pág. 394. Hace esta reflexión al analizar si el derecho a la salud debe estar dentro de los llamados derechos de la personalidad.

²¹ WARNOCK, Mary, *Fabricando bebés ...*, ob. cit., pág. 30.

²² En este sentido, ROCA I TRÍAS, Encarna, «Derechos de reproducción y eugenesia», *Biología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 150. También BUSTOS PUECHE, José Enrique, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, 1996, pág. 101.

²³ ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, D. L., Madrid, 1994.

mas relativas a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución se deberán interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados²⁴, y en este sentido conviene recordar que dicha Declaración Universal dispone que tanto los hombres como las mujeres tienen derecho, sin ninguna restricción, a fundar una familia²⁵. Por su parte, también el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce este mismo derecho²⁶.

Desde otro punto de vista, se ha planteado también el derecho a una planificación familiar, es decir, a que las personas decidan libremente el número de hijos y cuándo quieren tenerlos²⁷. Esta manifestación se encuadraría dentro del derecho a la intimidad personal y familiar recogido también en nuestro texto constitucional²⁸, en cuanto que dicho derecho protege las decisiones de las personas a que se respeten sus opciones sexuales, la decisión de contraer matrimonio, la de que-

²⁴ Cfr. art. 10.2. CE.

²⁵ Cfr. La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, el art. 16 dispone: «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, 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. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el 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».

²⁶ Cfr. El Convenio Europeo de la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su art. 8 titulado Derecho al respeto de la vida privada y familiar dispone:

«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 salvo cuando 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 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 terceros». En relación con el anterior, el art. 12 titulado Derecho a contraer matrimonio, señala «A partir de la edad núbil, 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».

²⁷ En este sentido se pronuncia la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer de Beijing de 1995.

²⁸ Cfr. art. 18.1 CE. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad personal aparece configurado en nuestro texto constitucional como «un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana» y donde «se garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de vida humana». Véase, entre otras, las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 20/1991, de 31 de enero.

rer procrear o no, cuándo hacerlo, el espaciamiento del nacimiento de los hijos, etc.²⁹.

La voluntad de querer tener un hijo puede encuadrarse, más bien, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad³⁰. Parece evidente, que la procreación no puede ser vista como una necesidad básica del ser humano, en cuanto que hay muchas personas que, por elección deliberada u otras causas, no tienen hijos y no obstante prosperan como individuos³¹.

La protección del libre desarrollo de la personalidad es considerada en la norma constitucional como fundamento de nuestro orden político y de la paz social que no puede separarse de la protección de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes. Conviene recordar que su ubicación se encuentra al inicio del *Título Primero* de la Constitución, consagrado, precisamente, al reconocimiento y tutela de los derechos y deberes fundamentales de la persona. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que dentro del sistema constitucional deben ser considerados como el punto de arranque, como el «*prius*» lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos fundamentales reconocidos³².

En efecto, nuestra Constitución eleva a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1) y demás derechos reconocidos³³.

La introducción de la expresión «libre desarrollo de la personalidad» en el texto constitucional apunta al despliegue de las potencialidades psíquicas, morales, culturales, económicas y sociales de cada persona humana, la conquista de los valores que la satisfagan y de los ideales que la atraigan; el alcance, en suma, hacia su «modelo» de «ser humano» y de miembro activo, protagonista, en una sociedad determinada y dentro de un orden político y jurídico concreto —en este caso,

²⁹ Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, ob. cit., pág. 55.

³⁰ Cfr. art. 10.1 CE.

³¹ WARNOCK, Mary, *Fabricando bebés ...*, ob. cit., pág. 35. Señala que si bien en un sentido pleno si no se tuvieran hijos la especie humana no sobreviviría, en un plano individual no todo individuo necesita procrear para sobrevivir o para que la especie humana sobreviva.

³² Vid. STC 53/1985, de 11 de abril.

³³ En este sentido véase, entre otras, las SSTC 107/1984 de 23 de noviembre; 53/1985, de 11 de abril, y 242/1994, de 20 de julio.

el de España—, pero abierto a la comunidad universal de todos los pueblos. Así, en ese «libre desarrollo de la personalidad», se vislumbra el progresivo enriquecimiento del haz de derechos y deberes fundamentales que la «conciencia colectiva» de la humanidad vaya alcanzando³⁴.

En consecuencia, el respeto a la dignidad y la plena realización de la persona son las premisas a tener presente en la utilización de las técnicas de reproducción asistida y esta circunstancia exige que siempre sea respetada la libertad de la persona, y junto a este presupuesto necesario, también otro imprescindible, que la persona no pueda ser utilizada como objeto o instrumento de nadie, porque iría en contra de su autonomía y de la esencia misma de persona.

En todo caso, conviene tener presente la opción metodológica defendida por PERLINGIERI³⁵, de que el análisis de toda materia jurídica, solo puede hacerse a la luz de lo establecido en la máxima ley del Estado, porque ya sea a través de una aplicación indirecta, por la presencia de una legislación ordinaria, de una normativa específica, de cláusula general, o bien por una aplicación directa en ausencia de un enunciado normativo ordinario, la norma constitucional termina por aplicarse siempre. La norma constitucional se convierte en la razón primaria y justificadora de la relevancia jurídica de las relaciones personales y socioeconómicas constituyendo parte integrante de la normativa en que ellas, bajo el perfil funcional, se sustancian. Los principios constitucionales suponen no solo reglas hermenéuticas necesarias y útiles para una correcta interpretación de las normas, sino también, una verdadera norma jurídica que regula los comportamientos, idónea para incidir también sobre el contenido de las relaciones jurídicas *inter* subjetivas que quedan funcionalizadas a los valores constitucionales.

Por otra parte, en su momento se plateó, si la regulación de las técnicas de reproducción asistida por medio de una ley ordinaria vulneraba la norma constitucional al desarrollar materias que afectan a la dignidad de la persona. Esta cuestión quedó resuelta de manera negativa, al entender el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LTRA de 1988, que la dignidad de la per-

³⁴ En este sentido se pronuncian, RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, Itziar, «Comentarios al art. 10», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978 (enero 1996), disponible en <http://vlex.com/vid/331366> enlazado como <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-10-derechos-fundamentales-persona-331366>.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ob. cit. pág. 218.

sona se configura como un valor jurídico fundamental y por ello no le afecta la exigencia de tener que utilizar una ley orgánica, puesto que este imperativo solo se precisa y de manera expresa, para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas³⁶.

IV. LA UTILIZACIÓN DE LAS TRHA Y SUS LIMITACIONES

Las técnicas de reproducción humana asistida por su variada y compleja casuística plantean determinadas limitaciones para su uso, y que según las circunstancias concretas del caso provocan consecuencias muy diferentes. En este sentido, recogemos en esta sede aquellas que consideramos más importantes.

1. *Por razón de edad*

La práctica de las técnicas de reproducción asistida lleva siempre consigo una importante repercusión tanto en la esfera física como psíquica de la persona, y dada su trascendencia el legislador precisa de una serie de presupuestos necesarios para que la realización de las mismas se lleve a cabo con las mayores garantías posibles y el cumplimiento de las normas jurídicas que protegen a la persona.

La primera exigencia que establece la ley es que la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida sea mayor de edad, esto es, haya cumplido los 18 años y tenga la plena capacidad de obrar. Con la

³⁶ En este sentido se expresa la STC 116 /1999, de 17 de junio. En efecto, uno de los argumentos esgrimidos por los recurrentes del Partido Popular para que se declarara inconstitucional la LTRA de 1988 era la necesidad de que la Ley tuviera carácter orgánico puesto que en la misma se desarrollaban tanto el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) como la dignidad de la persona (art. 10 CE). El Tribunal optó por un criterio formalista y consideró en su Fundamento de Derecho cuarto, que «la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE ha de entenderse referida a los derechos y libertades regulados en la Sección 1.ª del cap. II del Tít. I entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona que, además, es reconocida en nuestra CE como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE)». El Voto Particular presentado por el Magistrado Excmo. Sr. Jiménez de Parga al que se adhirió el Magistrado Excmo. Sr. Garrido Falla que manifestaba su discrepancia con la sentencia en este punto concreto, se considera que la dignidad de la persona se configura, por expresa declaración constitucional, con derechos inviolables inherentes a ella, y por ello, a su juicio no resulta aceptable que la Ley orgánica sea necesaria para desarrollar los derechos fundamentales y no para desarrollar lo que, materialmente, es el tronco del gran árbol. No comparte la visión, en su opinión, exclusivamente formal de la reserva de ley que el Tribunal consagra.

mayoría de edad se adquiere la plena independencia jurídica al no estar ya sometido a potestad ajena y por ello poder realizar «todos los actos de la vida civil» (cfr. art. 322 Cc).

La fijación de los 18 años como edad a partir de la cual la mujer puede ser usuaria de las técnicas obedece a incluir a las técnicas de reproducción asistida dentro de las posibilidades de actuación que con carácter general tiene toda persona que alcanza la mayoría de edad y se presume que tiene la suficiente madurez mental para saber la trascendencia de sus actos. En la práctica, es habitual que las usuarias de las técnicas sean mujeres que han sobrepasado con creces la mayoría de edad, pues suelen ser en edades más avanzadas cuando se inician los tratamientos de fertilización, en concreto en España la edad media está establecida en los 35 años.

El texto legal establece la edad a partir de la cual las mujeres pueden utilizar las técnicas, pero no fija ninguna edad límite. Esta importante cuestión parece que ha quedado a la discrecionalidad del equipo médico. En la actualidad hay cierta coincidencia en la clase médica y los centros de reproducción asistida, suelen fijar los 50 años como edad máxima para que la mujer pueda someterse a los tratamientos médicos que exigen la utilización de estas técnicas, criterio que viene justificado sobre todo por una cuestión de efectividad de los procedimientos a seguir, ya que a medida que la edad de la mujer avanza es más difícil obtener éxito y lograr por estos medios el embarazo de la mujer.

Los avances de la ciencia han posibilitado que la edad de la mujer ya no suponga necesariamente un obstáculo para ser madre, porque es posible y también legal la llamada madre-abuela³⁷. Se han planteado dudas sobre la conveniencia de la utilización de las técnicas en mujeres de edad avanzada, al considerar que esta práctica no es adecuada, pues con ella se produce una desprotección de los intereses del menor, ya que una diferencia de edad tan grande entre los hijos y las madres provocaría un claro perjuicio para los hijos³⁸.

³⁷ En este sentido, son varios los casos dados a conocer por los medios de comunicación, sirva de ejemplo el caso de la española Carmen B. que con 67 años fue madre de dos niños.

³⁸ JUNQUERA DE ESTEFANIS, R. *Reproducción asistida, filosofía, ética y filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 75. Considera que la aplicación de las técnicas a mujeres posmenopáusicas crea una situación compleja, no solo desde un punto de vista médico, ya que en muchos casos no basta con una inseminación, sino que se requiere también una donación de óvulos, pero además porque entiende que en gran medida, las motivaciones que suelen mover a esta tardía maternidad se suelen centrar más en un deseo insatisfecho, que en la consideración del bien del hijo. Entiende, pág. 76, que la edad es

Ahora bien, no creo que un criterio tan general, como la diferencia de edad, sirva para afirmar que el interés del hijo no se salvaguarda cuando la madre es mayor. En todo caso, es difícil solucionar problemas tan complejos con el argumento, a mi juicio débil, de la diferencia de edad entre madre e hijo, pues dependerá de cada caso y de las medidas establecidas para salvaguardar el interés del hijo, la casuística puede ser muy variada. Pensemos que quizá la madre pueda ser mayor, pero el padre joven. Por qué esta situación tiene que ser vista como perjudicial para los intereses del hijo y no la situación de que sea una madre joven y un padre muy mayor, pues en este último caso no habría problema para que la madre pudiera someterse a las técnicas de reproducción asistida³⁹.

La regulación española, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones⁴⁰, no establece la edad límite de la mujer para someterse a las técnicas de reproducción asistida, por ello me parece inquietante que cuando la ley no establece límite alguno, sean los «equipos técnicos», esto es, el equipo médico quien decida esta cuestión e impidan que una mujer por el solo hecho de haber alcanzado la edad fijada de forma más o menos aleatoria, quede fuera del acceso a estas técnicas. Es acertado, como señala el texto legal, que el equipo médico informe de los riesgos y las dificultades que «pueden derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada», pero me pregunto ¿no sería arbitraria la fijación de una edad concreta para todas las mujeres?, ¿a juicio de quién?, ¿qué edad estaría justificada hoy? En mi opinión, la fi-

un elemento muy importante para la relación paterno-filial, y esa diferencia de edad entre los hijos que nacieran y los padres sería perjudicial para los intereses de los hijos en cuanto no se crearía una relación adecuada a las necesidades reales del hijo.

³⁹ Vid. ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *Regulación jurídica ...*, ob. cit., pág. 314, señala al tratar este tema, que en su opinión, y dado que las expectativas de vida actuales son tan altas, no parece que sea un argumento convincente la edad de la madre para limitar la capacidad de las usuarias, puesto que perfectamente se podría hacer cargo de la educación del hijo nacido. Pero, advierte que en la sociedad occidental se acepta que los varones de hasta 70 años puedan tener hijos de forma natural, y además se es muy transigente con los adelantos técnicos dirigidos a resolver los problemas de maternidad en mujeres jóvenes, en cambio, la comprensión es menor para con las mujeres maduras, aunque aventura que esta actitud cambie en un futuro.

⁴⁰ En este sentido, la inicial ley sueca de Inseminación Artificial (1984) establecía que la mujer no debía tener más de 40 años. Por su parte, en Francia la Ley n.º 94-654 del 29 julio de 1994 relativa a la donación y utilización de los elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal hace referencia a que se tenga edad para procrear, y más recientemente en Italia la Legge 19 de febbraio de 2004, n 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, señala que deberán de acceder a las técnicas de reproducción asistida las parejas mayores de edad heterosexuales, sean casadas o convivientes, «in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (cfr. art. 5).

jación de una edad límite, solo la puede imponer el legislador, pues es quien está legitimado para fijar restricciones a las posibilidades de actuación de la persona, en este caso, ser usuaria de técnicas de reproducción asistida, pues una prohibición, solo por cuestiones de edad, acaso podría interpretarse como una vulneración del libre desarrollo de la personalidad que tiene toda persona.

Es comprensible que el equipo médico tenga un importante poder de decisión sobre a quién y cómo se lleva a cabo la utilización de las técnicas. Parece evidente que para la práctica de las técnicas de reproducción asistida no solo debe existir la voluntariedad de la mujer a someterse a una fecundación asistida, sino que también, y en todo caso, se debe valorar las condiciones de salud de la usuaria en su conjunto y junto con la edad de la mujer, decidir si es inadecuada la práctica de las técnicas, y solo se podrá llegar a esta situación una vez examinado cada caso en concreto y nunca porque «*a priori*» y solo por el dato de la edad, se decida que una mujer ya no es apta para ser usuaria. Se sabe que las respuestas a los tratamientos pueden ser muy distintas en las mujeres usuarias, por ello entiendo que serán diversos parámetros los que decidirán la medida más conveniente en atención a todos los intereses que están en juego en la importante casuística que se presenta en estas situaciones.

2. *Por razón de sexo*

La legislación vigente al referirse a las personas beneficiadas por las técnicas de reproducción asistida utiliza la expresión de «usuarios», utiliza este sustantivo como masculino genérico donde, en principio, parece que se incluyen tanto al hombre como a la mujer⁴¹. Sin embargo, cuando se analiza el contenido de la disposición se observa que solo pueden ser usuarias las mujeres puesto que al hombre se le da un papel pasivo, en el sentido de que bien se exige que preste su consentimiento para que su pareja se someta a dichas técnicas y así poder establecer directamente la filiación sobre el futuro hijo, o bien, done su material genético⁴².

Por razones biológicas solo las mujeres pueden tener hijos y por lo tanto el cuerpo de la mujer es presupuesto imprescindible para el naci-

⁴¹ Cfr. art. 6 de la LTRHA titulado «Usuarios de las técnicas».

⁴² En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, n.º 7810, 2012, pág. 5.

miento de una persona, aunque es evidente que el material genético del hombre también es indispensable.

La actual LTRHA permite que tanto una mujer sola como una pareja homosexual constituida por mujeres puedan ser usuarias de técnicas de reproducción asistida y por este medio procrear. De manera expresa se dispone que la mujer pueda ser usuaria de las técnicas con independencia de su orientación sexual. Se despeja así una cuestión que había sido objeto de censura en la interpretación del texto legal anterior con el argumento de que la admisión de la práctica de las técnicas a mujeres solas podía propiciar la posibilidad de su utilización por mujeres lesbianas⁴³. Para algunos autores esta posibilidad era evidente, pero prohibir la inseminación de una mujer sola por este motivo suponía una presunción de homosexualidad en todas las mujeres a todas luces inadmisibles⁴⁴. La realidad confirmó la utilización de las técnicas de reproducción asistida por parte de mujeres homosexuales⁴⁵.

Ahora bien, el hombre solo puede ser padre por medio del cuerpo de una mujer, y esta mujer es posible que sea su cónyuge, pareja o bien una desconocida. En España está prohibida la gestación por sustitución y esta circunstancia ha servido para sostener que nuestra legislación de manera indirecta excluye la posibilidad de la utilización de técnicas de

⁴³ LLEDÓ YAGÜE, Francisco, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida. La fecundación post mortem. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 325 y ss.

Sobre los problemas de interpretación de la LTRA de 1988 en relación con la utilización de técnicas de reproducción asistida por mujeres solas ver en SERNA MEROÑO, Encarna, «Comentarios al artículo 6», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, José Antonio Cobacho Gómez (dir.) y Juan José Iniesta Delgado (coord.), Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs.187 y ss.

⁴⁴ Vid. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 132. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1999, págs. 104 y ss. Sostiene que en todo caso no se puede generalizar y que habrá que abordar individualmente cada caso concreto con las garantías que estable el texto legal.

⁴⁵ Aunque estas prácticas eran conocidas, quedaron totalmente puestas a la luz en los Autos del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona (n.º 3) de 22 de enero de 2004 y 26 de enero de 2005 donde se declaraba haber lugar la adopción por la compañera homosexual de la madre biológica del hijo que había engendrado por medio de técnicas de reproducción asistida y que en aplicación de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de Parejas Estables permitía que «los miembros de la pareja estable podrá adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio».

reproducción asistida a las parejas masculinas o de hombres solos para poder ser padres biológicos⁴⁶.

Acaso, se podría pensar que nuestro legislador en este punto ha discriminado a los hombres, pero esta valoración sería totalmente gratuita, ya que la prohibición de la utilización de la técnica de gestación por sustitución afecta por igual a hombres y mujeres.

Es cierto que una mujer sola o, incluso, cuando estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podría inscribir como hijo al que ha tenido su cónyuge usuaria de las técnicas de reproducción asistida permitiendo con ello la inscripción en el Registro Civil de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres⁴⁷. Sin embargo, esta posibilidad no se podrá dar a favor de dos hombres, pero ello es debido a que estas mujeres no necesitan acudir a otra tercera mujer para llevar a cabo la gestación. Entiendo que en estos casos no cabe alegar discriminación, porque lo que se hace es proporcionar un tratamiento desigual sobre el presupuesto de que la realidad biológica también es diferente.

En nuestra Constitución se señala que nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁴⁸, pero la igualdad no puede ser interpretada como la exigencia de que la ley tiene que ser siempre y necesariamente igual para todas las personas porque eso no sería igualdad, sino «identidad», que en cierta manera sería inviable, salvo circunstancias muy particulares. Sobre este presupuesto, hay que saber que el principio de igualdad formal hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, por la propia naturaleza de las cosas, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra⁴⁹.

El propio Tribunal Constitucional ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, y también ha afirmado el carácter vinculante de este principio tanto para el legislador (igualdad en la

⁴⁶ Así se pronuncia JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pág. 110.

⁴⁷ Cfr. art. 7.3 LTRHA.

⁴⁸ Cfr. art. 14 CE.

⁴⁹ En este sentido, GARRORENA MORALES, Ángel, «Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anales de Derecho*, n.º 6, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, 1984, págs. 38 y ss.

ley), como para los órganos aplicadores del Derecho (igualdad en la aplicación de la ley) y los particulares (igualdad horizontal). También ha establecido los criterios que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatoria⁵⁰.

En la sociedad actual, los prejuicios contra la homosexualidad van perdiendo fuerza cada día, incluso, como es sabido, nuestro actual sistema matrimonial permite el matrimonio celebrado entre personas del mismo o distinto sexo⁵¹, con plena igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición y además se respeta la integridad de sus efectos en todos sus ámbitos, tantos los referidos a derechos y prestaciones sociales como incluso a la posibilidad de ser parte en los procedimientos de adopción⁵².

La realidad supera en muchos casos la previsión de la norma, si con anterioridad la literalidad del anterior texto legal quedó superada al utilizar las técnicas de reproducción asistida mujeres que no eran estériles, pero que se sometía a estas técnicas porque en ese momento no tenían pareja y no querían perder la oportunidad de tener hijos, y en otras ocasiones porque debido a su orientación sexual recurrían a las técnicas de reproducción asistida como un medio alternativo a las relaciones sexuales con hombres para poder concebir a sus hijos. En la actualidad estamos viendo que hombres solos, parejas o matrimonios homosexuales de hombres están siendo padres gracias a la utilización de la gestación por sustitución, pese a estar prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁰ Vid. la extensa recopilación de sentencias del TC que realizan BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando, «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española», *El Principio constitucional de igualdad*, Miguel Carbonell (comp.), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, págs. 105 y ss.

⁵¹ Cfr. Ley 13/2005, 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La convivencia de parejas de personas del mismo sexo basada en la afectividad es una realidad y esta circunstancia exigía superar arraigados prejuicios. Además esta percepción trasciende de la sociedad española, por ello la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994 pedía a la Comisión Europea que se presentara una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio o a acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas del mismo sexo y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

⁵² Conviene recordar que está pendiente de resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 13/2005 que admite estos matrimonios. El Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de octubre de 2005, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 6864-2005, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida que se ha hecho realidad desde que se logró llevar a cabo la fecundación de óvulos de forma extracorpórea mediante FIV, así durante las primeras fases de la fecundación, los embriones son implantados en la mujer, que cede o alquila su útero para continuar el embarazo con su material genético o no, y que al dar a luz, entregará el fruto de la gestación al comitente/s sin quedar determinada jurídicamente su maternidad.

Esta técnica puede utilizarse en supuestos muy variados donde también puede estar implicada una mujer. Así, cuando la mujer no tiene material genético para poder ser madre, también porque la madre biológica tiene problemas para poder llevar a cabo una gestación normal, o incluso porque la madre genética no quiere sufrir ni los riesgos ni los problemas que puede ocasionar el embarazo. Pero, esta técnica, pese a estar prohibida en bastantes países, está cobrando un importante protagonismo por el uso que están haciendo tanto hombres solos como en pareja, para que su material genético sea utilizado para la fecundación *in vitro*, y así tener hijos biológicos propios para lo que sigue siendo imprescindible el útero de una mujer.

En esta sede, no cabe realizar un análisis extenso de los problemas que plantea la gestación por subrogación, sin embargo, sí creo imprescindible realizar algunas consideraciones en torno a este tema. Muchos son los supuestos en los que cabe utilizar la gestación por sustitución, pero aquí, solo quiero plantear el supuesto en el que la gestación por sustitución se lleva a cabo mediante un contrato oneroso, esto es, cuando la madre gestante recibe dinero por el alquiler de su útero con la obligación de entregar el fruto de la gestación a quien o quienes le han pagado el precio convenido⁵³. Con la admisión de este contrato se vulnera, en mi opinión, el más elemental derecho a la dignidad de la persona porque el cuerpo de la mujer pasa a ser utilizado por aquellas personas que pueden pagarlo y manipulado como un mero instrumento para dar satisfacción a los intereses de la persona que paga. En este sentido, se ha mantenido⁵⁴, que el «contrato» que se hace entre la madre gestante difiere poco del «contrato» que presta una prostituta, puesto que en ambos supuestos lo que se produce es un contrato de ser-

⁵³ Vid. LAMM, Eleonora, «Gestación por sustitución», *InDret*, disponible en www.indret.com, 3/2012, donde se estudian las diferentes regulaciones existentes en la actualidad sobre la gestación por sustitución.

⁵⁴ Así se pronuncia, PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1995, págs. 288 y ss.

vicios, en el primer caso, la mujer gestante, realiza el contrato para que se use su útero, y en el segundo caso, presta sus servicios sexuales. En mi opinión, tanto en un caso como en otro, no hay libertad de decisión de la mujer, sino mera explotación.

Acaso, con la gestación por sustitución se pueda estar generando un nuevo «proletariado» en el más puro sentido literal del término⁵⁵, puesto que con una creciente «feminización de la pobreza» se incentiva a que mujeres pobres «presten» su cuerpo a cambio de dinero, comercializando así su capacidad natural de procrear con la finalidad de complacer el deseo de otras personas de querer tener hijos.

En España, pese a la prohibición expresa de estos contratos en la LTRHA, esta circunstancia no ha evitado que en la práctica este tipo de contratos se hayan celebrado, generando problemas de toda índole. En el ámbito jurídico, los supuestos más conflictivos y que mayores repercusiones tienen, quizás por la imposibilidad de ocultar situaciones simuladas, son los celebrados por parejas o matrimonios de hombres homosexuales que han acudido a países donde se permite la gestación por subrogación para poder tener hijos con el empleo de esta técnica. Es el caso planteado en la RDGN de 18 de febrero de 2009 donde se dio autorización a la inscripción de los hijos de un matrimonio de homosexuales españoles gestados por una madre de alquiler⁵⁶. En la Resolución se aprueba la inscripción de los niños sobre el presupuesto de que la certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido, por lo que se entiende que se trata de un caso de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España.

La decisión del Órgano Directivo no plantea la legalidad de la práctica de uso de «madres de alquiler», sino la validez de la documentación aportada por los progenitores de los pequeños y señala que si bien las certificaciones registrales extranjeras deben superar, un control de legalidad, dicho control de legalidad no exige que la autoridad

⁵⁵ Según la RAE «proletario/a» dicese del que carecía de bienes y solamente estaba comprendido en las listas vecinales por su persona y su prole. N.º 4. En la antigua Roma ciudadano pobre que únicamente con su prole podía servir al Estado.

⁵⁶ Vid. RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735) La pareja homosexual española presentó un escrito ante el Registro Civil Consular de Los Ángeles (EE.UU.), para solicitar la inscripción de nacimiento de sus dos hijos, nacidos en San Diego (California) en octubre de 2008 mediante «gestación de sustitución». Dicha petición fue denegada en virtud de la norma española que prohíbe la práctica de las «madres de alquiler».

registral extranjera resuelva el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española⁵⁷.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia contra esta Resolución y la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 estimó las alegaciones presentadas, y consideró que dicha Resolución vulneraba el ordenamiento jurídico español porque la gestación por sustitución es una técnica prohibida en España y por tanto los hijos habidos mediante esta técnica no podían tener acceso al Registro Civil español⁵⁸.

Todavía después de esta sentencia, la DGRN dicta la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁵⁹, donde intenta dar una protección jurídica al menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución y establece una serie de cautelas para que una vez cumplidas se pueda practicar la inscripción de las personas nacidas a través de esta técnica en el Registro Civil.

No parece que con la Instrucción se hayan resuelto los problemas que suscita la inscripción en el Registro Civil español de personas nacidas en el extranjero mediante gestación por sustitución. Es significativo, que la sentencia de 23 de noviembre de 2011 de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, haya resuelto el recurso de apelación confirmando lo dispuesto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia y reitera la no ins-

⁵⁷ Para un análisis de la Resolución se puede consultar, entre otros, QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret*, disponible en www.indret.com 3/2009; CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «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», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, octubre 2009, págs. 294-319, disponible en www.uc3m.es/cdt.

⁵⁸ En la sentencia se establece que para practicarse la inscripción en el Registro español de una certificación extendida por el encargado del Registro extranjero es necesario «que se compruebe por el encargado la realidad del hecho inscrito, ello implica no ya solo un control formal de la certificación, sino que por el encargado no se tenga duda de que lo establecido en la certificación es real, en este caso el encargado del Registro debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende, ello que al menos formalmente es cierto pues así consta en la certificación californiana, no lo es, ni puede serlo a efectos materiales pues biológicamente resulta imposible». Por otra parte, se considera que también debe examinarse por el encargado del Registro «si la inscripción que se pretende es conforme a la ley española» «es decir que caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal» bajo estos presupuestos resulta evidente que la resolución choca de frente con lo dispuesto en el art. 10 de la LTRHA.

⁵⁹ Vid. en *BOE* de 7 de octubre de 2010.

cripción de los niños nacidos en California en el Registro Civil español⁶⁰.

La utilización de la gestación por sustitución en países muy diversos y con legislaciones muy diferentes ha motivado que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado esté preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales sobre esta materia, y a través del mismo dar una cierta seguridad jurídica a fin de proteger todos los intereses que están en juego en un tema tan complejo⁶¹.

En todo caso, a mi juicio, una adecuada regulación de la gestación por sustitución pasa por no permitir la comercialización del cuerpo de la mujer, pues esta circunstancia supone una clara vulneración de su

⁶⁰ La sentencia se pronuncia en su Fundamento Tercero sobre las exigencias de la Instrucción y señala que «si bien la Instrucción de 5 de octubre de 2.010 establece la posibilidad de la inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia de la gestación por sustitución mediante la presentación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, o si la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, mediante el reconocimiento incidental ante el encargado del Registro, siempre previa la constatación de que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre contratante gestante, así como que conste su identidad, además de otros requisitos de carácter formal y procesal. Considera que la certificación californiana no cumple con las exigencias de la Instrucción. La entidad de los obstáculos al reconocimiento de la decisión registral extranjera en España es más relevante en un supuesto como el presente en el que la conexión previa de los demandantes con Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, porque los dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que permitió a las autoridades de California determinar la filiación de los menores nacidos allí aplicando sus propias normas de conflicto, huyendo tanto de la aplicación de la norma de conflicto española, como de los más exigentes requisitos que establecen otras legislaciones que admiten el contrato de gestación por maternidad subrogada: no puede decirse por ello que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, como prevé el artículo 12-4 del Código Civil, sino que simplemente, hay indicios consistentes para pensar que han huido de ella, poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado civil, caracterizado por la indisponibilidad». Un comentario más detallado de la sentencia se puede ver en VELA SÁNCHEZ, Antonio, «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, núm. 7815, 2012, págs. 1-12.

⁶¹ En este sentido, LAMM, Eleonora, «Gestación por sustitución», ob. cit., pág. 28 recoge las reuniones que se están llevando a cabo y cita el «Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements», *Preliminary Document*, núm. 11, marzo de 2011. Y, además, «A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements», *Preliminary Document*, núm. 10, marzo de 2012 (disponible en www.hcch.net).

dignidad como persona, y también por proteger necesariamente los intereses de los nacidos por medio de esta técnica y en este sentido no lesionar el derecho a conocer sus orígenes⁶², circunstancia no respetada en algunos países, en cuanto permiten que en la certificación de nacimiento quede oculta la identidad de la madre gestante⁶³.

3. *Por razones de capacidad*

La legislación española exige que la mujer tenga 18 años para poder ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida, con la mayoría de edad se alcanza la plena capacidad para realizar todos los actos de la vida civil, puesto que se presume que la mujer tiene suficiente madurez mental para saber la trascendencia de sus actos.

En el ámbito jurídico son términos ya clásicos para referirse a la capacidad de las personas, la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y en cuanto a ésta, la posibilidad de establecer limitaciones debido a la existencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (cfr. art. 200 Cc), y en consecuencia un juez declare su incapacitación (cfr. art. 199 Cc) y según su grado de dependencia se establezca bien un tutor que ejerce su representación legal (cfr. art. 222.2.º) o un curador que solo complementa la capacidad de obrar del incapacitado (cfr. art. 287 Cc). En todo caso, las limitaciones a la capacidad de obrar, para que tengan relevancia jurídica, precisan de la valoración de cada caso concreto y en la medida de que las circunstancias pueden variar cabe la posibilidad de su modificación.

En la actualidad, la regulación de la capacidad de las personas ha tenido importantes transformaciones que afectan no solo a cuestiones

⁶² Sobre el derecho de los hijos a conocer su origen, se puede consultar, entre otros, a QUESADA GONZÁLEZ, Corona, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *Anuario Derecho Civil*, vol. 47, n.º 2, 1994; GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen: el asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)», *Actualidad Civil*, n.º 2, 2003; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, «Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, abril 2005.

⁶³ Vid. LAMM, Eleonora, «Gestación por sustitución», ob. cit., págs. 34 y ss. recoge las diversas legislaciones que regulan la gestación por sustitución y analiza también la propuesta de regulación sobre la gestación por sustitución que se hace en el Anteproyecto de reforma del Código Civil de Argentina.

de fondo, sino también de forma⁶⁴. Quedan ya obsoletas las expresiones utilizadas en nuestro texto constitucional de «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos», para referirse a personas que si bien pueden valerse por sus propios medios, sin embargo precisan mecanismos de ayuda para desarrollar todas o algunas actividades que precisa una persona en su vida cotidiana⁶⁵. Sin embargo, sigue plenamente actualizada la exigencia que establece el mandato constitucional de que los poderes públicos amparen a estas personas para el disfrute de los derechos que la Constitución española otorga a todos los ciudadanos (cfr. art. 49 CE).

⁶⁴ Desde hace unos años la legislación española que regula esta materia utiliza la expresión «persona con discapacidad». En este sentido, entre otras, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁶⁵ Vid. Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre que establece la necesidad de una actualización terminológica y de conceptualización y en ese sentido dispone que «En consonancia con lo establecido en la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y en la nueva clasificación de la Organización Mundial de la Salud, “Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud” (CIF-2001), se realizan las siguientes actualizaciones terminológicas:

1. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término “minusvalía” quedan sustituidas por el término «discapacidad».

2. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto a los términos “minusválidos” y “personas con minusvalía” quedan sustituidas por el término «personas con discapacidad».

3. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término “discapacidad” quedan sustituidas por “limitaciones en la actividad”.

4. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término “grado de minusvalía” quedan sustituidas por “grado de discapacidad”.

5. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término “grado de discapacidad” quedan sustituidas por “grado de las limitaciones en la actividad”.

A los efectos anteriores, se entenderá por “grado de las limitaciones en la actividad”, las dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades, expresadas en porcentaje. Una “limitación en la actividad” abarca desde una desviación leve hasta una grave, en términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad, comparándola con la manera, extensión o intensidad en que se espera que la realizaría una persona sin esa condición de salud.»

Destacan por su importancia la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU)⁶⁶, que recogen los derechos de las personas con discapacidad y recuerdan las obligaciones de los Estados Parte de promover, proteger y asegurar esos derechos, si bien con un significativo cambio, puesto que se pasa de un «modelo médico o rehabilitador» a un «modelo social» en el tratamiento de personas con discapacidad⁶⁷.

La implementación de la Convención en el ordenamiento jurídico español se ha realizado con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y señala en su preámbulo que el artículo 49 de la Constitución, cuando impone a los poderes públicos la obligación de amparar especialmente a las personas con discapacidad para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos, reconoce que la discapacidad no puede impedir u obstaculizar la plena titularidad y el ejercicio efectivo y real de los derechos fundamentales.

⁶⁶ España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado (*Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo ese mismo año) y a partir de ese momento ya forman parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención proclama y garantiza. Asimismo, la Unión Europea, por Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, ha aprobado la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, Convención de la que es parte desde el pasado 23 de diciembre de 2010.

⁶⁷ En este sentido el propio legislador explica en el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que el texto constitucional regula en su artículo 49 la atención a las personas con discapacidad combinando dos mandatos de diferente signo. El primer mandato, que se enmarca en el modelo de Estado social y democrático, y que entronca con el principio de igualdad material contemplado en el artículo 9.2, prevé una serie de acciones por parte de los poderes públicos consistentes en la puesta en marcha de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración. El segundo mandato, que se inscribe en el contexto del Estado de Derecho y conecta con el artículo 14 y la prohibición de discriminación, señala que los poderes públicos «amparán especialmente a las personas con discapacidad para el disfrute de los derechos que este Título —el Título I de la Constitución— otorga a todos los ciudadanos». Por su parte, el artículo 10.1 establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

La interpretación conjunta de estos artículos confiere a los términos «previsión», «tratamiento», «rehabilitación» e «integración» un sentido integral acorde con el enfoque social de la discapacidad en la Convención, que la configura como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas por el entorno social.

Esta Ley también ha introducido modificaciones en la LTRHA⁶⁸, si bien con anterioridad a estas reformas, esta última en su Disposición Adicional quinta establecía garantías de no discriminación para las personas con discapacidad y señalaba que también las personas afectadas por discapacidad podían tener acceso a las técnicas de reproducción asistida⁶⁹.

A los efectos que aquí nos interesan, conviene precisar cómo puede incidir la discapacidad de la mujer en la posibilidad de ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, hay que advertir que las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo. Así, podemos encontrar personas con discapacidades psíquicas, referencias a anomalías en el funcionamiento mental de las que es responsable el cerebro, afectan a las funciones intelectuales y trastornos psicológicos, en general aquellas que hacen referencia a alteraciones del pensamiento y la conducta. Personas con discapacidades físicas, que presentan anomalías que se manifiestan en la forma o el funcionamiento de una o varias partes del cuerpo, deficiencias que afectan a funciones físicas-motoras u orgánicas-biológicas. Por último, personas con discapacidades sensoriales, que hacen referencia a anomalías en el funcionamiento de los órganos de los sentidos y más en concreto las alteraciones biológicas, congénitas o adquiridas de falta o disminución de la visión o de la audición.

En todo caso, estas disfunciones no pueden afectar a la mujer hasta el punto de que no pueda gobernarse por sí misma, puesto que de ser así estaría indicada la incapacitación judicial, y recuérdese que para la práctica de las técnicas la legislación vigente requiere el consentimiento informado de la mujer y no está previsto que pueda darlo su representante legal⁷⁰.

⁶⁸ Se modifica la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, para que todos los consentimientos exigidos tanto para la utilización de las técnicas, así como para el contrato de donación de material reproductivo sean accesibles y comprensibles para las personas con discapacidad. Para ello se modifica el apartado 4 del artículo 5. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 6. Se añade un nuevo apartado 7 al artículo 11.

⁶⁹ La Disposición Adicional quinta dispone: «*Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidas en ésta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo la información y el asesoramiento a que se refiere ésa Ley se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.*»

⁷⁰ Cfr. art. 9.4 de 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.

Ahora bien, para ser usuaria de las técnicas no solo se precisa una madurez psicológica suficiente, sino también una idoneidad física adecuada para poder ser receptora de los tratamientos médicos imprescindibles para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En mi opinión, la mujer con discapacidad sensorial solo plantea la necesidad de que en los Centros le suministren la información necesaria para poder emitir la usuaria un consentimiento informado a través de los medios oportunos que garanticen un conocimiento adecuado de los tratamientos a seguir y de los riesgos y consecuencias que éstos pueden producir⁷¹. En principio, este tipo de limitación no supone ningún inconveniente para que quien la padece pueda convertirse en madre a través de las técnicas de reproducción asistida.

Mayores problemas plantea la mujer aquejada de discapacidad física, cuando sus limitaciones afecten a funciones orgánicas-biológicas, estos supuestos se deberán valorar de forma integral por el equipo médico que deberá informar de todos los riesgos que la usuaria asume, e incluso, aunque la mujer acepte los riesgos, acaso cabe que los propios facultativos pudieran negarse a realizar su práctica puesto que las condiciones existentes desde una perspectiva clínica lo aconsejaran. Porque el deber principal de cuidados que asume el médico con respecto a su paciente, si bien surge, normalmente, a cargo del médico junto con otros deberes como consecuencia de la celebración de un contrato, aún cuando no haya contrato se imponen al médico, ya que son deberes derivados de la propia naturaleza de la actividad médica. Se trata de «deberes *ex officio*» del médico, impuestos a éste en cuanto tal⁷².

En todo caso se exige un criterio de proporcionalidad entre riesgos y beneficios, de tal forma que incurrirá en responsabilidad el médico que conociendo los desequilibrios entre lo mucho que se arriesga y lo

⁷¹ Cfr. art. 6.4 LTRHA que tras la modificación introducida por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que «La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad».

⁷² En este sentido, ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 165. Señala que las obligaciones que para el médico se derivan del contrato de cuidados médicos, constituyen para él auténticos deberes profesionales; la existencia del contrato no modificaría ni alteraría básicamente los deberes del médico en su relación con el paciente. Cita a Savatier para reforzar la afirmación de que, la voluntad de las partes juega un papel débil en la determinación de las obligaciones del médico, debido al interés social de la actividad médica, y al hecho de que suele recaer sobre el cuerpo humano, presupuestos estos de los que se deriva la *imperatividad* de los deberes del médico que, como principio general, no pueden ser derogados ni cambiados sustancialmente mediante pacto.

poco que se espera obtener, procede a la ejecución de una intervención de este tipo, aunque cuente con el consentimiento de la paciente y aunque dicho consentimiento haya sido emitido tras una correcta y completa información.

Las limitaciones en la actividad de carácter psíquico tienen que ser necesariamente compatibles con que la mujer usuaria pueda comprender toda la información que el equipo médico tiene que proporcionarle de manera obligatoria sobre los tratamientos a seguir en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ya que, uno de los presupuestos necesarios para su práctica es que la mujer, en todo caso, preste su consentimiento libre y consciente. Esta circunstancia exige que la información y el asesoramiento a que se refiere la ley se deban prestar a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Conviene advertir que el consentimiento debe ser libre y es todavía hoy una realidad que las mujeres experimentan una fuerte presión social respecto de la maternidad, razón por la cual la decisión de someterse a tales técnicas pudiera no ser el resultado del ejercicio libre de la autonomía de su voluntad, pues pensando desear una maternidad, la mujer pudiera actuar inducida por los deseos de los demás⁷³.

No hay duda que en un tema tan importante como la maternidad no es fácil liberarse de la tradición cultural⁷⁴, pero creo que esa decisión es tan trascendente para la vida de la mujer que conviene que, en la medida de lo posible, tenga a su alcance todos los medios disponibles para hacer realidad su maternidad, y siempre que así lo quiera de manera consciente y voluntaria, pueda utilizar los procedimientos que es-

⁷³ Vid. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, «Mujeres y Técnicas ...», ob. cit., págs. 164 y ss. Recoge una amplia bibliografía de corrientes feministas muy críticas con las técnicas de reproducción asistida. Los presupuestos ideológicos sobre los que se asientan las técnicas de reproducción asistida son fundamentalmente dos: los postulados del patriarcado y los valores tecnocráticos. Este sector feminista señala que, sin duda, la herencia cultural (del patriarcado) sigue transmitiendo como dogma la idea de que la maternidad (biológica) es la realización indispensable de la feminidad, que una mujer no es verdadera mujer si no tiene hijos (biológicos). El presupuesto ideológico de la maternidad como función natural y biológica y, a su vez, lo reafirmaría (paradójicamente, puesto que se trata de artificios) contribuyendo a definir la esterilidad como estigma, en tanto se postulan como terapia médica de una pretendida enfermedad, como sustitución médica de una función biológica fallida. Sobre las aportaciones feministas a la bioética, con gran aportación bibliográfica y un planteamiento de carácter más general, también se puede consultar en ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *Regulación jurídica ...*, ob. cit., págs. 77 y ss.

⁷⁴ Vid. LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres*, Horas y Horas, Madrid, 2011. Señala que «La madre es una institución histórica, clave en la reproducción de la sociedad, de la cultura y de la hegemonía, y en la realidad del ser social de las mujeres», págs. 390 y ss.

time más convenientes, ya sean las naturales relaciones sexuales o a través de las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, resulta imprescindible utilizar los mecanismos adecuados para que su práctica se realice siempre respetando la dignidad de la mujer, y ello solo se logrará en la medida que se respete no solo su integridad física sino sobre todo su independencia y el libre desarrollo de su personalidad.

4. *Por razón económica y social*

Dentro de las limitaciones existentes para la utilización de las técnicas de reproducción asistida conviene no olvidar la que deriva de la capacidad económica de la persona usuaria debido a los elevados costes de las técnicas de reproducción asistida. Es cierto que esta realidad está presente en cualquier actividad humana, pero se hace especialmente dura cuando incide sobre la posibilidad de tener descendencia biológica.

Se ha planteado la cuestión de quién estaría obligado a pagar los gastos ocasionados cuando para procrear se precisan las técnicas de reproducción asistida⁷⁵. Es evidente que la respuesta no es unánime en todos los países, incluso los costes varían mucho según se utilicen unas u otras técnicas⁷⁶.

En España las personas que quieren tener hijos a través de estas técnicas pueden acudir a la sanidad pública. Pero se ha señalado que el diagnóstico y tratamiento de la esterilidad es, con toda certeza, la prestación más deficitaria de las expresamente incluidas en el Sistema Nacional de Salud⁷⁷. Por esta razón se constata que la utilización de las técnicas de reproducción asistida se lleva a cabo fundamentalmente en

⁷⁵ WARNOCK, Mary, *Fabricando bebés ...*, ob. cit., págs.17 y ss. Señala que si bien muchas personas reclaman el derecho de recibir asistencia médica para la reproducción también de forma gratuita en nombre de la justicia, en su opinión se pueden separar ambas reclamaciones y no considera que se pueda reclamar que se haga uso de estos tratamientos a cargo de la sanidad pública pagada por todos.

⁷⁶ El coste de un ciclo normal de FIV oscila entre el 12% de los ingresos anuales del individuo (Japón) hasta el 50% (EE.UU.). En los países en desarrollo como China e India, el coste de la FIV puede ser un 50% mayor que el ingreso nacional bruto por habitante. Al mismo tiempo, el coste del tratamiento es relativamente bajo para la sociedad. El grado más elevado de utilización y reembolso del TRA se encuentra en los países escandinavos y corresponde a menos del 0,2% del gasto sanitario total. Datos recogidos en el *Libro Blanco Sociosanitario de la Infertilidad en España*, Roberto Matorras Weining (editor), Madrid, 2011, pág. 5.

⁷⁷ Así de concluyente se pronuncia PÉREZ MILLÁN, Federico, «La reproducción asistida en el medio sanitario público», en *Libro Blanco Sociosanitario de la Infertilidad en España*, Roberto Matorras Weining (editor), Madrid, 2011, pág. 154.

la sanidad privada⁷⁸, con los elevados costes que ello conlleva para las personas que quieren utilizarlas.

En los últimos tiempos, incluso se ha acuñado una expresión que es la de «turismo reproductivo» para referirse a los desplazamientos de posibles receptores de técnicas de reproducción asistida desde un país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otro país donde puede obtenerla⁷⁹. Es evidente que esta posibilidad solo la tienen aquellas personas con un alto poder adquisitivo y cada día es más evidente el importante «negocio» que gira en torno a las técnicas de reproducción asistida.

Es significativo que se haya criticado el contenido de alguna sentencia del TEDH por considerar que alienta el «turismo reproductivo» y cierra los ojos a la realidad social, penalizando con ello a las parejas infértiles de países con legislaciones más restrictivas en materia de técnicas de reproducción asistida, ya que es una solución a la que muchas personas no pueden acceder por razones económicas⁸⁰.

Sin embargo, también conviene recordar que la Gran Sala del TEDH se ha mostrado proclive a reconocer el derecho a la utilización de técnicas de reproducción asistida a personas en situaciones donde su práctica presentaba una especial dificultad, es el caso de *Dickson v. The U.K. (II)* resuelto en la sentencia de 4 de diciembre de 2007. En efecto, la sección 4.^a del TEDH había desestimado el recurso interpuesto por un matrimonio británico contra la decisión de las autoridades penitenciarias que habían denegado la solicitud de la mujer para poder utilizar la inseminación artificial con el material reproductor de

⁷⁸ En ese sentido, DE LA FUENTE, Pedro, y REQUENA, Antonio, «Situación y tendencias en la Sanidad Privada», en *Libro Blanco Sociosanitario de la Infertilidad en España*, Roberto Matorras Weining (editor), Madrid, 2011, pág. 172.

⁷⁹ Vid. LAMM, Eleonora, «Gestación por sustitución», ob. cit., págs. 22 y ss. Señala los problemas que plantea el llamado «turismo reproductivo», resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de «turismo» como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador.

⁸⁰ Así se pronuncia FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida ...*, ob. cit., pág. 63, respecto a la sentencia de la gran Sala del TEDH que resuelve el caso *S.H. y otros v. Austria (II)* de 3 de noviembre de 2011 (Aplicación no. 57813/00) que tras recovar la decisión de la sección 1.^a que condenó al Estado austriaco al pago de 10.000 euros en concepto de daños morales a cada uno de los matrimonios recurrentes y desestima el recurso de los mismos contra las secciones de la Ley austriaca de técnicas de reproducción asistida que les impedía acceder a la donación de óvulos de un lado y a la donación del esperma para la FIV. Se señala explícitamente en la sentencia que «no existe prohibición, bajo la ley austriaca, de ir al extranjero en busca de un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria».

su marido. El caso planteaba una situación peculiar, en cuanto que el marido se encontraba preso y condenado a un mínimo de 15 años y dada la avanzada edad de la mujer era imposible que pudiera tener hijos cuando este saliera de la cárcel, así pues el único medio posible para que la pareja tuviera hijos biológicos comunes era utilizar técnicas de reproducción asistida, puesto que el régimen penitenciario británico no permite tener relaciones sexuales en la cárcel.

Sin embargo, la Gran Sala sí consideró que se había vulnerado el Convenio⁸¹, y condenó al Reino Unido a indemnizar al matrimonio con 5.000 euros por los daños morales sufridos, pues se entendió que la denegación al uso de la técnica de reproducción asistida supuso una intromisión a la vida privada y familiar de los demandantes que comprende también el «derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos».

No es fácil resolver este tipo de cuestiones que afectan al libre desarrollo de la personalidad que es un derecho reconocido a toda persona. En todo caso, sí parece imprescindible analizar las cuestiones a resolver sobre la utilización de las técnicas de reproducción asistida desde dos premisas necesarias, por una parte, tener siempre en cuenta los intereses que están en juego; y por otra, las consecuencias que tienen las actuaciones a realizar, con la exigencia siempre de que queden garantizados el respeto a la dignidad de la persona y los derechos inalienables que le son inherentes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar (2003): *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
— «Nuevos límites del derecho a procrear», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 20, 2006.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín (1985): *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, Madrid.
- BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando (2003): «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española», *El Principio constitucional de igualdad*, Miguel CARBONELL (comp.), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique (1996): *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid.

⁸¹ La Gran Sala consideró por 12 votos a favor y cinco en contra, que se había vulnerado el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).

- CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2009): «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», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, octubre, disponible en www.uc3m.es/cdt.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1949): *Derecho Civil de España*, T. I, 2.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (1999): *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada.
- FARNÓS AMORÓS, Esther (2007): «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida», *InDret*, n.º 408, disponible en www.indret.com.
- (2007): «Evans v. The U. K (II): La Gran Sala del ETD confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja», *InDret*, disponible en www.indret.com.
- (2011): *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación (2002): «Mujeres y Técnicas de Reproducción Artificial. ¿Autonomía o Sujeción?», *La Humanidad in vitro*, Editorial Comares, Granada.
- GARRIGA GORINA, Margarita (2000): *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1984): «Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anales de Derecho*, n.º 6, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994): *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores (2005): «Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica», *Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2012): *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid.
- JUNQUERA DE ESTEFANIS, Rafael (1998): *Reproducción asistida, filosofía, ética y filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela (2011): *Los cautiverios de las mujeres*, Horas y Horas, Madrid.
- LAMM, Eleonora (2012): «Gestación por sustitución», *InDret*, disponible en www.indret.com.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2012): «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, n.º 7810.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco (1995): «Los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida. La fecundación post mortem. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, CGPJ, Madrid.

- PATEMAN, Carole (1995): *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona.
- PERLINGIERI, Pietro (1984): *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- QUESADA GONZÁLEZ, Corona (1994): «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *Anuario Derecho Civil*, vol. 47, n.º 2.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana (2009): «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, disponible en www.indret.com.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2003): «De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen: el asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)», *Actualidad Civil*, n.º 2.
- ROCA I TRIAS, Encarna (1988): «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid.
- (1998): «Derechos de reproducción y eugenesia», *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Editorial Comares, Granada.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (1994): *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- SERNA MEROÑO, Encarna (2007): «Comentarios al artículo 6», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, COBACHO GÓMEZ, José Antonio Cobacho Gómez (dir.) y Juan José Iniesta Delgado (coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio (2012): «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», *Diario La Ley*. Sección Doctrina, núm. 7815.
- WARNOCK, Mary (2004): *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?*, Editorial Gedisa, Barcelona.