

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, LA IDENTIDAD BIOLÓGICA, Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: ALGUNOS CASOS RECIENTES

*THE DIGNITY OF THE PERSON, BIOLOGICAL IDENTITY, AND MEDICAL LIABILITY:
SOME RECENT CASES*

Dra. LORENA SALES PALLARÉS
Profesora Titular (Acreditada) de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha
Lorena.Sales@uclm.es

RESUMEN: En el desarrollo de los derechos de la personalidad nos encontramos en situaciones donde la dignidad y la identidad biológica se pueden conculcar por actuaciones médicas. Cuando son menores los que se ven afectados por estas situaciones, la búsqueda de un equilibrio entre los intereses en juego se hace imprescindible. Algunos casos recientes relativos al nacimiento de menores en madres de más de sesenta años o intercambios de embriones en las FIV ponen de relieve las dificultades a las que se enfrenta hoy el derecho.

PALABRAS CLAVE: dignidad; identidad biológica; responsabilidad médica; interés superior del menor.

ABSTRACT: In the development of the rights of the personality we find ourselves in situations where dignity and biological identity can be violated by medical actions. When minors are affected by these situations, the search for a balance between the interests at stake becomes essential. Some recent cases concerning the birth of minors in mothers over sixty years or embryo exchanges in IVF highlight the difficulties that the law faces today.

KEY WORDS: dignity; biological identity; medical liability; best interests.

FECHA DE ENTREGA: 12/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. REFLEXIONES INICIALES.- II. UN PUNTO DE PARTIDA EN LOS CONCEPTOS A USAR.- 1. Identidad y dignidad.- 2. Interés del menor y reproducción asistida.- III. DE CUANDO LOS ERRORES MÉDICOS NO PERMITEN CONOCER LOS ORÍGENES.- IV. REPRODUCCIÓN ASISTIDA ¿ILIMITADA?- V. APUNTE FINAL.

I. REFLEXIONES INICIALES.

Suele decirse que la realidad supera la ficción, y ciertamente en los casos en los que vamos a detener nuestra atención esta máxima se cumple. Al hilo de los derechos de la personalidad, que no son sino manifestación de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual, me propongo reflexionar sobre diversos casos en los que la intervención sanitaria ha provocado una colisión de derechos que ha acabado alcanzando a menores, quienes han visto cómo su identidad biológica ha quedado indeterminada en algunas situaciones, y su derecho a la dignidad en otros casos menoscabada.

Dos son las líneas que quiero trazar para intentar dibujar la situación actual de los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario que afectan a menores: la primera alcanzará los errores que provocan error en la identidad biológica y la segunda abordará casos que conculcan la dignidad de los menores afectados por las técnicas de reproducción asistida, llegándonos a plantear si puede predicarse el fraude de ley internacional en algunos de ellos, cuando se ha recurrido al uso de técnicas fuera del territorio nacional.

Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado (STS de 11 de enero de 2017, Roj: ATS 67/2017) sobre el uso de material genético erróneo al amparo de una fecundación *in vitro*, de manera que los menores concebidos no lo eran de los progenitores que suscribieron el contrato con el centro médico. Más allá de fijarnos en la cuantiosa indemnización que ha recaído sobre la clínica (que ascendió a 315.000€), el asunto nos permite reflexionar sobre situaciones similares conocidas en fechas recientes, como la acaecida el pasado mes de diciembre de 2016 en el hospital *Universitair Medisch Centrum Utrecht* (UMC) de Utrecht, que reconoció un error en sus laboratorios que afectaba a un centenar de parejas, que no están seguras de que el padre de sus hijos sea su pareja o un desconocido¹. O el caso del médico holandés que durante décadas inseminó a todas las pacientes de su clínica de fertilidad no con los donantes anónimos que las pacientes escogían sino con su propio esperma².

¹ Como consecuencia de este error cabe la posibilidad de que un mismo paciente de la clínica fuera el padre biológico de todos los niños resultantes de las fecundaciones *in vitro* entre abril de 2015 y noviembre de 2016.

Sobre esta noticia vid. las siguientes referencias periodísticas: [primera](#) y [segunda](#).

² Vid. [referencia periodística](#).

Pero también queremos reflexionar sobre la relación entre la responsabilidad médica y la dignidad de la persona en otros supuestos. En febrero de 2017, una mujer española, tras someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro* en Estados Unidos, ha dado a luz a unos gemelos en Burgos. El matiz surge del hecho de que la madre tiene 64 años y una hija anterior de 6 años, también concebida por fecundación *in vitro*, cuya tutela ostentan servicios sociales de la Junta de Castilla y León³. ¿Quién y cómo han protegido la dignidad de estos menores así concebidos? ¿Se ha producido en este caso concreto un fraude a la ley española?

Antes de avanzar una respuesta a esta última cuestión que planteamos, no podemos obviar que no existe un límite (nos referimos a uno legal) en cuanto a la edad para someterse a tratamientos de fertilidad en España, por lo que técnicamente, el hecho de acudir al extranjero no conculca legislación alguna española. Sin embargo, ¿queda margen para, atendiendo a los derechos de estos menores, limitar estas prácticas? ¿qué responsabilidad tienen los centros sanitarios en estos casos? Y si solo responden *cuando las cosas van mal*, ¿realmente han ido bien las cosas para estos menores?, ¿no tienen ninguna responsabilidad en el éxito de estos tratamientos los centros médicos que los realizan?

II. UN PUNTO DE PARTIDA EN LOS CONCEPTOS A USAR.

1. Identidad y dignidad.

Si importante es saber dónde se quiere llegar, no lo es menos saber cuál es nuestro punto de partida. Y el nuestro debe ser fijar qué alcance tienen los conceptos de identidad y dignidad, como manifestación de los derechos de la personalidad, y el equilibrio, a veces complejo, entre la colisión de los mismos cuando se circunscriben a situaciones de intervenciones sanitarias relacionadas con la reproducción asistida⁴.

Si bien referida a otro tema, la STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53), determinó que el libre desarrollo de la personalidad como “autodeterminación, consciente y responsable de la propia vida”, entroncaba con el valor jurídico fundamental “dignidad de la persona”; con línea similar la STC 215/1994 de 14 de julio (RTC 1994, 215) vino a mantener que el ejercicio de la sexualidad (como

³ Sobre el caso de Mauricia Ibáñez hay numerosa prensa y programas de televisión que han documentado el caso, vid. las siguientes referencias periodísticas: [primera](#) y [segunda](#). Similar ha sido el caso, aunque con un perfil mediático más bajo de Lina Álvarez, madre a los 62 años con un embrión donado. En este caso todo el procedimiento se ha llevado a cabo en España, a diferencia del primer caso en el que la mujer viajó a Estados Unidos para el proceso de la fecundación *in vitro*. Vid. [referencia periodística](#).

⁴ Enmarcan estas reflexiones los trabajos de MOLERO MARTÍN-SALAS, M^a.P.: “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 14, núm. 2, 2016, pp. 183-206; QUICIOS MOLINA, S.: “Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de la filiación”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 263-303; SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012, pp. 273-307.

también la *libertad de procreación*), “deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 CE”⁵.

Esto es, la identidad personal y la dignidad de la persona son derechos fundamentales a proteger tanto desde nuestra Constitución como por la vía del Convenio de Roma de Derechos Humanos, cuyo art. 8 salvaguarda el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, esta protección es bidireccional, en el sentido de que puede amparar tanto la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de quien quiere hacer coincidir su realidad legal con la biológica, como la de quien ostentando una identidad y un estado civil determinado quiere seguir manteniendo su vida privada y familiar sin verse afectado en sus derechos y en su identidad.

Habiendo menores de por medio, el socorrido recurso a la invocación del interés superior del menor para conciliar los derechos de todas las partes no nos presta un asidero legal firme, ya que este interés puede estar tanto en que su filiación legal coincida con la biológica, o justo lo contrario, que el interés que mejor le proteja sea mantener una situación jurídica previa sin atender a otros derechos que se reclamen amparados en la genética.

Es necesario antes de continuar, hacer una breve referencia al tema de los orígenes y al derecho a conocer el propio origen y el trato que se dispensa al mismo tiempo a los donantes de capacidad de generación (ya sean óvulos, semen o preembriones). Si bien la ley parte del anonimato de estos donantes⁶, ello confronta con el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica y al mismo tiempo con el derecho a la intimidad personal o familiar del donante⁷.

Estas situaciones plantean un dilema jurídico, el derecho a la intimidad frente al derecho a la identidad genérica⁸, al que el TEDH también dio respuesta en el asunto *Odièvre*⁹, donde se discutió el derecho de la persona a conocer su propio origen frente al derecho a guardar el secreto de su identidad de quien lo gestó y parió¹⁰.

⁵ Sobre el desarrollo de los derechos de personalidad en sentido amplio vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010.

⁶ Interesante ver el abordaje de temas colaterales de estas donaciones en IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 38, 2016, pp. 71-86.

⁷ Ciertamente es que esta “anonimización” legal de las donaciones es un secreto de polichinela como acertadamente pone de relieve BLANCO-MORALES LIMONES, P.: [“Una filiación: tres modalidades de establecimiento: La tensión entre la ley, la biología y el afecto”](#), *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015, pp. 1 a 16, en concreto, p. 8, ya que la identidad del donante es perfectamente conocida por el centro sanitario autorizado.

⁸ Más a fondo véase ROMERO COLOMA, A. M^a: “Identidad genética frente a intimidad”, *Diario La Ley*, núm. 7199, de 18 de junio de 2009, pp. 1-13.

⁹ *Odièvre c. Francia*, (GS), núm. Núm. 42326/98, TEDH 2003. Para un análisis de los efectos de esta sentencia nos remitimos a RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “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*, núm. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, pp. 1-25.

¹⁰ Esta posibilidad de parto oculto quedó cercenada en España tras la STS de 21 de septiembre de 1999, que declaró que la legislación registral que posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica estaba derogada por inconstitucionalidad sobrevenida.

Mantuvo el Tribunal que la protección dispensada por el art. 8 alcanza al derecho a la identidad y, por tanto, a obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad en la identidad de los progenitores¹¹. De manera análoga podemos encontrar esta confrontación de derechos en el adoptado, al que se le reconoce también el derecho a conocer sus orígenes biológicos¹², y donde persisten los mismos conflictos entre el derecho a conocer los orígenes biológicos con el derecho a la intimidad de quienes renunciaron a ese hijo. Desde donde se aborde el tema, el conflicto de intereses en presencia no permite obtener respuestas claras y precisas de dónde y cómo regular los derechos de quienes se ven involucrados en estas situaciones.

2. Interés del menor y reproducción asistida.

La regulación de la reproducción humana asistida¹³ desde el punto de vista jurídico nos hace entrelazar diferentes intereses en presencia: el derecho a formar una familia, la necesaria protección del anonimato de los donantes de gametos o preembriones, el derecho de la persona a conocer sus orígenes biológicos, etc., que no siempre se acomodan en la misma dirección.

Pongámonos en el supuesto de una gestación por sustitución en la que la identidad biológica del menor está claramente determinada, esto es, los progenitores son a la vez donantes, por lo que los orígenes genéticos del menor son claros y ciertos. ¿Qué sucede a nivel legal? Para el legislador español la verdad biológica no va a coincidir con la verdad jurídica, esto es, la madre se determinará por el parto y será por tanto la gestante sustituta y no quien aporta la carga genética quien conste como madre de ese menor. Esto hace que nos preguntemos si esta presunción (*mater semper certa est*) trabaja a favor del interés superior del menor o si obedece a otros intereses, en el sentido de que, si lo que se busca es que el menor tenga protegido el derecho a conocer sus orígenes biológicos y estos ya están debidamente determinados, ¿por qué no han de coincidir en una única filiación?, ¿exige realmente el interés del menor que se ponga de manifiesto el hecho de su gestación en el registro y en su filiación?

¹¹ Quien más allá ha llegado ha sido Alemania, en el sentido que en 2016 planteó un proyecto de ley que prevé la obligación mediante la cual pueda exigirse, bajo pena de sanción, a una mujer a revelar a su pareja el nombre de los amantes frecuentados durante el momento de la concepción en aras de discernir la paternidad biológica de la criatura. Véase en extenso SANCHO LÓPEZ, M.: “El voto particular de la STS, Sala 1ª, sentencia 202/2015, de 24 de Abr. y la nueva Ley Alemana que obliga a las madres a revelar quién es el padre biológico de sus hijos”, *Diario La Ley*, núm. 8856, de 4 de noviembre de 2016.

¹² VELA SÁNCHEZ, J.: “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Diario La Ley*, núm. 7526, 13 de diciembre de 2010.

¹³ Sobre este extremo realiza DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en G. CONTE y S. LANDINI: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Montova, 2017, pp. 583-614, un repaso de las consecuencias en el plano jurídico que se derivan de estos intereses contrapuestos en la reproducción asistida incidiendo en la mayoría de supuestos que aquí hemos apuntado.

El propio art.7 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su apartado 2 dice que “[E]n ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”. Pero en los supuestos de gestación por sustitución es justamente en la inscripción registral donde se reflejan los datos que infieren claramente el carácter de la generación de este menor. ¿Hemos de interpretar el interés superior del menor en estos términos?

Que no siempre es fácil poder determinar cuál es la mejor solución para los menores implicados lo ejemplifica el caso al que debió enfrentarse el Tribunal de Roma el 20 de agosto de 2014 cuando tras un negligente intercambio de embriones por parte del hospital italiano entre varias parejas que se estaban sometiendo a una *FIV* en el mismo centro, nacieron unos gemelos que ostentaban la carga genética no de la madre gestante y su marido, sino de otra de las parejas, por lo que reclamaban sus derechos como padres de los que para ellos eran sus hijos, como las pruebas de ADN confirmaron. La magistrada encargada del asunto desestimó las consideraciones de los padres genéticos que reclamaban a los gemelos, dando preferencia al vínculo de esos recién nacidos con quien había llevado a cabo la gestación a sabiendas del error en la transferencia embrionaria. La demanda fue rechazada alegando que la misma “no es conforme a los intereses de los niños menores, a la estabilidad de su estatuto ni a su derecho a vivir con quienes constituyen su familia, según el orden vigente italiano”.

Al margen de la realidad jurídica italiana en lo que se refiere a la reproducción asistida y que obviamente modula o justifica la solución alcanzada, el hecho de que no se tenga en cuenta la carga genética de los menores ni el error en el intercambio de los embriones, parece que choca con el derecho a la identidad o al derecho a conocer los orígenes de estos menores, por no entrar en los derechos que sobre los embriones tienen los propios donantes involuntarios. Conociendo todas las partes el error en el intercambio de los embriones, ¿no debería haberse tenido en cuenta el mismo a la hora de determinar la filiación de estos menores? ¿qué peso dejamos pues a la carga genética en general y en particular en los supuestos de impugnación de la paternidad? La respuesta en todo caso que demos debería llevar aparejada una coherencia con el sistema de filiación que se me antoja difícil de mantener.

III. DE CUANDO LOS ERRORES MÉDICOS NO PERMITEN CONOCER LOS ORÍGENES.

Como apuntaba al inicio de este trabajo, recientemente el Supremo ha resuelto un tema que arrancaba en Las Palmas (SAP Las Palmas (Sección 5ª) de 16 de mayo 2016, rec. nº 461/2013), donde a raíz de un error del *Instituto Canario de Infertilidad* nacieron dos gemelos, hijos, no del conviviente, sino de un tercero anónimo. Se condenó a la clínica a indemnizar el daño patrimonial (por pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos, como consecuencia de la imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (120.000 euros para cada uno de ellos por ambos tipos de daños), así como el daño moral padecido por la madre, consistente en la afectación personal e impacto en su vida por tener que

asumir en solitario la crianza de los hijos y el sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (75.000 euros).

El interés de la sentencia radica para mí en que reconoce el resarcimiento del daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos, cuando determina que el “daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable”.

Queda patente en esta argumentación que el juzgador entiende que la identidad juega un papel fundamental en la determinación de la personalidad y la misma se vincula a la base genética de la misma. Sin embargo, y a pesar de esta línea marcada por el Supremo, me queda la duda de cómo hubiera afrontado el asunto romano de intercambio de embriones. ¿En un ordenamiento jurídico como el español basado en el principio de *mater semper certa est*, ¿se hubiera determinado la filiación de estos menores atendiendo al parto o a su carga genética, esa que entronca con su identidad y con el desarrollo de la personalidad?

Es difícil creer que la respuesta no hubiera sido la misma que se obtuvo en Italia, ya que a pesar de los razonamientos y argumentos que se esgrimen sobre la identidad y la dignidad y la biología por parte de los tribunales españoles en algunos casos concretos, lo cierto es que legalmente hablando es imposible impugnar la maternidad en estos casos, ya que la misma se establece legalmente por el parto, sin atender al origen genético del menor¹⁴. Aunque las parejas supieran que había habido un error en la FIV y se hubieran intercambiado los embriones, no hay margen de maniobra amparado legalmente. Piénsese en los casos de maternidad subrogada acaecida en el extranjero, donde lo que se ha tratado siempre de

¹⁴ Ciertamente es (vid. [Noticias Legales IDIBE](#), junio 28, 2017, que cabe la posibilidad que se apunta en el art. 223-2 de la Propuesta de Código Civil elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que contempla en su nº 3, el “caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga”, previendo que, en este caso, “queda determinada la maternidad de la madre gestante”, solución ésta, que se corresponde con la legislación vigente (determinación legal de la maternidad por el parto), introduciendo, sin embargo, la siguiente novedad: si la madre gestante “pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento”.

impugnar ha sido la prevalencia de la maternidad genética o intencional sobre la biológica.

Plantear lo contrario pasaría por que ambas parejas renunciaran a los derechos sobre esos menores de manera simultánea y cruzada, de modo que la impugnación de la filiación legal no llevara a una indeterminación de la misma. Y, aun así, aun estando ambas parejas de acuerdo, ¿cómo habría que hacerlos constar en el Registro correspondiente? Ya hemos puesto de manifiesto que el art.7.2 LTRHA dice que “[E]n ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”, y tampoco se permite el parto secreto, con lo que ¿cómo hacemos constar como madre a otra persona que no es la que dio a luz al menor sin que de ello se pueda inferir su generación?

Con la legislación en la mano sólo se podría impugnar la paternidad de los menores por parte del padre genético, por lo que hemos de plantearnos por qué merece menos protección conocer los orígenes genéticos maternos o que los mismos prevalezcan sobre los biológicos. Entiende, al menos una parte de la doctrina¹⁵, que si bien la reivindicación del derecho a conocer los orígenes genéticos puede resultar contradictoria en el momento actual en el que la “parentalidad social” desplaza a la biología, la misma se fundamenta en la libertad de cada individuo para decidir qué peso otorga a los elementos genéticos y biológicos en la configuración de su identidad. Y en este punto, el derecho debe ser *neutral* en el sentido de ofrecer a todas las partes implicadas los mismos instrumentos y acciones para que pueda configurar esa identidad como mejor la sientan¹⁶.

En cuanto a la responsabilidad derivada de este error por parte del centro sanitario, por supuesto acarrearía indemnizaciones, pero, ¿qué indemnización habría que calcular? No existiría como en el caso canario un error en la identidad, no estaría indeterminada o bajo anonimato, sino que estaría totalmente determinada: los padres genéticos de los menores estarían perfectamente identificados, pero no coincidirían con la filiación legal debido al negligente intercambio. ¿Seguiría entendiéndose que se ha producido este daño moral? Y entendiendo que el mismo se ha producido igualmente, ¿afectaría en la cuantía el hecho del conocimiento de la identidad de los progenitores?

Parece natural creer que así sería, es decir, que la indemnización se minoraría en tanto en cuanto no “se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia

¹⁵ Vid. por todos FARNÓS AMORÓS, E.: “¿Deben los donantes de gametos permanecer en el anonimato?”, *InDret*, 2/2017, pp. 253 -273, en concreto p.256.

¹⁶ En similares términos se expresa DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada”, cit., pp.588 y 589, cuando sugiere que “[...] los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, al llegar a la mayoría de edad, pudieran identificar a sus padres biológicos, lo que ciertamente, acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial, ya que se trataría, tan sólo, de permitir que una persona pudiera llegar a conocer un aspecto tan esencial de su propia vida privada, como son sus orígenes biológicos”.

historia, ya que su origen en este supuesto no será siempre un interrogante en sus vidas”.

En Europa ya hemos apuntado que también ha habido recientemente sonados casos derivados de negligencias médicas. El caso del médico holandés Jan Karbaat es uno de los más llamativos. Fallecido en abril de 2017, ha quedado constatado que su clínica *Bijdorp*, abierta en los años 80, era una de las mayores de Holanda y proporcionaba a su vez semen al resto de los centros del país. En el año 2009 la clínica fue cerrada porque las autoridades sanitarias holandesas constataron que mezclaba semen de varios hombres para aumentar las posibilidades de embarazo, una práctica por otra parte, legalmente prohibida y que fue la que clausuró el centro. Pero lo realmente grave ha sido conocer que el dr. Karbaat era el donante principal de su clínica y por ende de los principales centros del estado holandés, a pesar de que hizo creer a sus pacientes que se las inseminaba con los donantes anónimos que las mismas escogían. Los cálculos del propio doctor, elevaban hasta casi 10.000 los menores nacidos en su clínica en sus 40 años de ejercicio. Las pruebas de ADN efectuadas con ayuda de uno de sus hijos legítimos han demostrado que el facultativo es “casi seguro” el padre de 18 hijos concebidos en el centro, pero hay otros 25 que están a la espera de obtener permiso para realizarse las pruebas. En los próximos meses las autoridades holandesas prevén un incremento en las solicitudes de pruebas de paternidad relacionadas con el caso, y no se sabe bien qué efectos o consecuencias acabarán derivando.

En Utrech, el hospital *UMC* reconoció un “error humano” durante los procesos de manipulación de las fecundaciones, no siendo posible determinar con seguridad que las parejas que habían acudido a la clínica entre abril de 2015 y noviembre de 2016 hubieran recibido los espermatozoides del hombre correcto, o si, por el contrario, se produjo algún tipo de intercambio de modo que nadie sabe de quién es el esperma con el que fue fecundado su óvulo o incluso reconoce el hospital que pueden haberse intercambiado embriones entre las parejas involucradas. La mitad de las mujeres tratadas directamente por el *UMC* en ese periodo de tiempo han logrado quedarse embarazadas, o incluso algunas han tenido ya un hijo que puede que sea de alguien distinto a su pareja. Hay otros 13 embriones que siguen congelados, sin que se tenga la certeza de que se corresponde con los donantes auténticos o si se han visto afectados por el error del hospital. Está en manos de las parejas decidir qué hacer en este momento con esos embriones.

El problema en todo caso es cómo articular los diferentes derechos e intereses en presencia: la de los padres biológicos/intencionales, la de los padres genéticos, la de los menores y su derecho a conocer sus orígenes... Todos ellos derechos o intereses legítimos, pero que obligan a una cuadratura del círculo con un difícil encaje jurídico. Pensemos en los 13 embriones congelados, ¿quién puede reclamarlos para sí como propios?, ¿aquellos que creyeron aportar su carga genética o los que efectivamente la han aportado? Teniendo en mente el caso *Evans*¹⁷ no es tan sencillo

¹⁷ *Evans contra Reino Unido* (2006): Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4), de 7 marzo 2006 (TEDH 2006, 19).

aportar una solución, ya que con la arquitectura jurídica que tenemos tan legitimado está para pedir la destrucción de un embrión quien ha realizado una aportación involuntaria o errónea al mismo, como quien a sabiendas del error prefiere seguir adelante con un embarazo, aun sabiendo que el menor no tendrá los progenitores que debían serlo.

IV. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ¿ILIMITADA?

En 2015 nacieron en España un total de 36.318 niños gracias a técnicas de reproducción asistida, representando esta cifra el 8,6% de los más de 420.000 nacimientos que hubo ese año, según los últimos datos del Ministerio de Sanidad, que acaba de poner en marcha el Sistema de Información en Reproducción Humana Asistida (SIRHA)¹⁸. De igual modo, los datos muestran cómo se incrementa en un 9,5% el número de tratamientos *FIV* en España.

Los datos que se desprenden del SIRHA sitúan a España como líder europeo en la realización de estos tratamientos, con un total de 127.809 ciclos de *FIV* y 38.903 inseminaciones artificiales en 2015. Ello hace imposible no reconocer que por diversos factores España es un destino de *turismo reproductivo*: por un lado, porque nuestros equipos médicos están en la punta de lanza de las técnicas de reproducción humana asistida (tanto los pertenecientes al ámbito público como al privado); de otro porque nuestra normativa legal da mayor cobertura que algunos de nuestros vecinos¹⁹.

Hasta el propio TEDH ha sido criticado por *alentar* este turismo cuando señaló explícitamente²⁰ 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”. La misma idea parece que subyace en el pronunciamiento de la Gran Sala de TEDH al caso *Dickson*²¹, cuando entendió que la denegación al uso de la técnica de la reproducción asistida supuso una intromisión a la vida privada y familiar de los demandantes que comprende también “el derecho

¹⁸ El objetivo del nuevo sistema SIRHA es velar para que las técnicas de reproducción asistida sean una prestación sanitaria de alta calidad y seguridad en España. Para ello contará con un *Registro Nacional de Donantes*, ya en fase de pilotaje, un *Registro Nacional de Actividad y Resultados* y un *Registro de Centros y Servicios de Reproducción Humana Asistida*, que estarán desarrollados por completo para finales de año. El sistema permitirá cumplir la normativa española y europea, identificando cada donación con un “Código Único Europeo” que garantizará la trazabilidad y el control de las donaciones y sus resultados, para cumplir los requerimientos que se están formulando a nivel europeo para permitir la libre circulación de muestras biológicas entre países europeos.

¹⁹ No solo la propia LTRHA es una de las más modernas de Europa (a pesar de las críticas que sobre la misma podamos realizar), sino que el hecho de contar con una regulación del matrimonio que abarca tanto a las personas del mismo como de diferente sexo, permiten una combinación legal de protección del derecho a crear una familia perfecta.

²⁰ Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *S.H.y otros vs. Austria (II)* de 3 de noviembre de 2011 (Aplicación num.57813/00).

²¹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre 2007 (TEDH 2007, 86).

al respeto de su decisión de ser padres genéticos”.

Partiendo de esta idea de que la voluntad de tener un hijo es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, y que esta búsqueda de una descendencia genética es del todo lícita, cabe preguntarse si el recurso a las TRHA tiene o no alguna limitación. En concreto, y retomando los casos que enuncié al inicio, cómo se contempla la posibilidad de recurrir, dentro o fuera de España, a las técnicas de reproducción alcanzada una determinada edad.

Según reconoce la propia Sociedad Española de Fertilidad un tema que continua en discusión es el establecimiento de un límite de edad por encima del cual deba rechazarse la realización de tratamientos de fertilidad. Han sido ampliamente evidenciados por la literatura los riesgos en las gestaciones de mujeres de edad avanzada, pero existen trabajos publicados con receptoras por encima de los 50 años, e incluso se han publicado gestaciones en mujeres mayores de 60 años con resultados aceptables en cuanto a tasas de embarazo y pronóstico perinatal.

Las cifras actuales del SIRHA indican que el grupo más numeroso de pacientes sometidas a un tratamiento de FIV tiene entre 35 y 39 años, en los casos de ovocitos propios, o más de 40 años en el caso de ovocitos de donante. A pesar de todo ello, se mantiene hoy en día la idea, de que, aunque cada caso debe valorarse de forma individual, en principio debiera desaconsejarse la recepción ovocitaria por encima de los 50 años.

Si atendemos a la LTRHA, el único límite de edad que se fija es el de a partir de la cual las mujeres pueden hacer uso de estas técnicas, pero no se fija legalmente ningún límite a las mismas.

El caso *De Ambrosis* ilustra los conflictos reales que se dan cuando no hay concordancia entre la letra de la ley y la vida real. El matrimonio formado por Gabriella y Luigi De Ambrosis se casaron en 1990 cuando la mujer tenía 36 años y se sometió a diez intentos de fecundación in vitro en Italia sin éxito, e intentó adoptar en dos ocasiones, pero su petición fue rechazada. Contaban con 56 y 68 años respectivamente, cuando decidieron viajar al extranjero para someterse a una fecundación asistida. En mayo de 2010 nació la hija de ambos, aunque en septiembre de 2011, un tribunal de menores decidió que la menor debía ser alejada de ellos quitándoles así la custodia de la hija de 15 meses tras una denuncia por “abandono” presentada por una vecina²², al considerarles demasiado ancianos. Afirmaba la sentencia, que la niña era “fruto de una aplicación distorsionada de las enormes posibilidades que ofrece el progreso en materia genética, se quedará huérfana muy pronto y, además, se verá obligada a cuidar a unos padres ancianos, con posibles graves patologías o minusvalías”.

La menor fue entregada a una familia de acogida y con posterioridad dada en adopción y aunque la decisión fue recurrida por los padres, en marzo de 2017, el

²² El padre fue absuelto de la acusación de abandono.

tribunal de apelación de Turín confirmó la sentencia de adopción, al considerar que sus padres no eran idóneos “al ser demasiado ancianos en el momento de su nacimiento”, y teniendo en cuenta que mantener a la menor con su familia adoptante era la opción que menos perjuicio causaría a la menor.

En España este 2017 hemos conocido también los casos de Lina Álvarez y Mauricia Ibáñez, pero no son los únicos de las llamadas madre-abuela²³. Como acertadamente apunta SERNA²⁴, el mero hecho de la edad no tiene necesariamente que conllevar una desprotección de los intereses del menor y conviene realizar la casuística antes de emitir un juicio genérico de valor²⁵.

A pesar de ello, en el caso de Mauricia Ibáñez, apenas quince días después de salir del hospital con los mellizos, los servicios sociales le retiraban la tutela de los menores²⁶ al detectar indicios de desprotección. Plantea este asunto en concreto varios puntos sobre los que reflexionar: por un lado, está el hecho de que con anterioridad a este embarazo ya recurrió a la *FIV* para tener una hija, que también fue apartada por servicios sociales y que actualmente se encuentra adoptada por una sobrina de la madre que reside en Canadá.

¿Qué ha fallado, si ha fallado algo en el sistema? En los dos embarazos recurrió Mauricia a la *FIV* en los Estados Unidos, donde viajó para someterse a estas técnicas de reproducción asistida. En el primero de ellos contaba con 57 años y en el segundo superaba ya los 60 años claramente ya que dio a luz con 64 años cumplidos. Y en ninguna de las dos ocasiones supuso la edad un impedimento. ¿Afecta por tanto el hecho de que se hubieran llevado a cabo en el extranjero estas técnicas de reproducción asistida? ¿se hubieran podido llevar a cabo en territorio nacional? A esta última pregunta hemos de responder afirmativamente, ya que Lina Álvarez, de 62 años, daba a luz después de someterse a estas técnicas en Madrid, a su tercer hijo. El segundo, concebido cuando contaba con 52 años supuso el mismo procedimiento y resultado. Por tanto, hemos de llegar a la conclusión de que con independencia de si los tratamientos se llevan a cabo en España o en el extranjero, el requisito de la edad no tiene por qué ser un impedimento.

¿Por qué entonces tanto perjuicio? ¿Se atenta realmente contra el interés del menor al permitir la reproducción asistida ilimitada? Ciertamente, si el legislador español no ha previsto límite alguno, dejar que sean los equipos médicos quienes decidan esta cuestión decidiendo quién y cuándo pueden convertirse en padres de manera

²³ Meramente ilustrativa la noticia de la estadounidense de 62 años de edad, que daba a luz a su duodécimo hijo. Vid. [referencia periodística](#).

²⁴ SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas”, cit., p. 287.

²⁵ No es el tema de esta intervención, pero conviene señalar en este punto la más que discriminatoria postura de la doctrina, que hace que resulte perjudicial para el interés del menor que la madre sea mayor, pero no se caiga en esa apreciación cuando la madre es joven pero el padre es quien tiene una avanzada edad. El interés del menor debería jugar en ambos casos en el mismo sentido, y predicarse el perjuicio en todo caso, con indiferencia del género que ostente el progenitor provento.

²⁶ Vid. [referencia periodística](#).

arbitraria con la fijación de una edad determinada según el género sería extralimitarse. Solo el legislador debería poder restringir este acceso, puesto que una prohibición atendiendo solamente al criterio de la edad podría interpretarse como una vulneración del libre desarrollo de la personalidad que tiene toda persona²⁷.

Además, ¿por qué cincuenta, por qué no cincuenta y dos? ¿cuál es la edad que estaría justificada hoy? De acuerdo con las estadísticas del INE de junio de 2017, la edad a la que las mujeres son madres por primera vez ha alcanzado la cifra histórica de 32 años. Estamos hablando de estadísticas, lo que hace suponer una concordancia con los datos del SIRHA, acerca del mayor porcentaje de población femenina que se somete a las técnicas de reproducción asistida entre la franja que rodea la edad de los 40 años. Por tanto, la recomendación de desaconsejar la maternidad a partir de los 50 años, ¿sigue vigente? ¿se debería actualizar de acuerdo con el avance de la ciencia?

En todo caso es una edad fijada en atención a criterios médicos relativos a llevar a término un embarazo, no pensada en función de otros criterios, como podrían ser los esgrimidos por el tribunal italiano, considerando un abuso de derecho aprovecharse del progreso médico actual que permite embarazos tan tardíos; o considerar que los progenitores con una edad superior a la fijada van a dejar antes huérfano al menor; o que en el mejor de los casos, condenan al menor a cuidar de unos progenitores ancianos o con minusvalías.

Da un poco de miedo plantearse, como progenitor que soy, que el derecho ampararía una actuación judicial que me apartara o retirara la patria potestad *preventiva* ante la posibilidad de caer yo en una enfermedad grave, o degenerativa, o en una estadística de muerte temprana por profesión de riesgo (pongamos por caso).

Justificado todo ello por el interés superior del menor... Es difícil reflexionar de una manera global sobre este derecho, porque la batalla de la protección de los menores se está librando en simultáneos y diversos frentes. El más activo es sin duda alguna el de la gestación por sustitución, técnica de reproducción asistida que sirve de punta de lanza para poner en práctica la positivización del interés superior del menor en el nuevo artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor. De momento son las Salas de lo Social las que han apostado por buscar la justicia material y proteger esta maternidad/paternidad que ha tenido lugar fuera de las fronteras, porque “los problemas sobre constancia registral del progenitor biológico no deben privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece”²⁸.

Pero si realmente pensamos que una maternidad tan tardía perjudica al menor y al desarrollo de sus derechos más fundamentales, ¿qué responsabilidad podemos exigir a los centros sanitarios en los que se practican estas técnicas? Justamente, la no existencia de una edad límite legal a partir del cual se pueda denegar el acceso a estas

²⁷ En esta línea SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas”, cit., pp. 288 y 289.

²⁸ STS, Sala 4ª, de 25 de octubre de 2016.

prácticas²⁹ no permitiría demandar a la clínica en cuestión. En estos supuestos no hay error médico, ni daño moral, ¿o puede exigirse al centro un estándar de responsabilidad por daños sobre ese menor de verse con unos padres tan mayores a los que previsiblemente tendrá que cuidar en su adolescencia? ¿Qué base de cálculo se utilizaría?

Planteemos antes el siguiente caso³⁰, que aunque tenga otro origen puede servirnos para alcanzar una respuesta final: la SAP Valencia (Sección 7ª) de 30 de marzo de 2016, rec. n.º 764/2015, recoge el asunto de un menor nacido por *FIV* con óvulo de donante anónima y esperma del marido de la usuaria, con hemofilia, razón por la cual los padres demandaron a la clínica. A pesar de no encontrar el tribunal negligencia en la clínica en la selección del óvulo de la donante, sí la condenó al considerar que la información suministrada a los demandantes era deficiente, al pago en concepto de daños morales a cada progenitor de 100.000 euros y 200.000 euros al niño nacido hemofílico.

Traigo aquí a colación el supuesto al hilo de que la solución podría parecer extraña como bien se señala en el comentario, desde el momento en que se concede indemnización por daño moral (el patrimonial por el tratamiento de la hemofilia está cubierto por el sistema público de salud), no sólo a los padres, sino también al niño. Y es extraña porque en los supuestos en los que los niños nacidos naturalmente padecen enfermedades (por ejemplo, la hemofilia) no detectadas durante el período de embarazo de la madre (y, por lo tanto, no comunicadas a ella en orden a decidir la posible interrupción del mismo), pero que no tienen su origen en una negligencia médica, sino en el patrimonio genético de la madre portadora, no puede pretenderse ningún resarcimiento si la madre decide no abortar.

¿Podría por tanto el menor nacido mediante una *FIV* a una mujer de edad avanzada solicitar una indemnización a la clínica por consentir y conseguir ese embarazo a sabiendas de las dificultades que potencialmente le podrían generar de cuidado de unos padres ancianos? La respuesta si atendemos a esta sentencia debería ser afirmativa, pero me genera toda una serie de dudas.

V. APUNTE FINAL.

No era la pretensión inicial llegar a una conclusión sobre estos temas sino reflexionar sobre las dificultades en las debemos fijarnos para lograr una respuesta del derecho lo más ajustada a la búsqueda de la justicia material del derecho.

Las relaciones que se producen entre los derechos a los que me he referido cuando se predicán sobre menores no son fáciles ni de resolver ni de adecuar al sentir de la

²⁹ No me refiero a una exclusión del sistema público sanitario hacia el privado, planteado como una cuestión económica, sino a una prohibición al acceso a estas técnicas reproductivas genérica.

³⁰ Sobre este caso y el comentario al mismo vid. *Noticias Legales IDIBE*, junio 28, 2017, <https://idibe.org/noticias-legales>

comunidad actual. Si bien los imparable avances de la ciencia suponen un constante desafío para el Derecho, los Estados no pueden mantenerse impasibles ante las nuevas necesidades que se generan y demandan. Lo cierto es que muchos de estos avances, y en especial los relativos a las técnicas de reproducción humana, afectan directamente a lo más esencial de la naturaleza humana, y suponen una constante revisión de la concepción que se tiene con respecto a derechos tan básicos como la dignidad o el libre desarrollo de la persona³¹.

Pero la dificultad no debería ser motivo para dejar de avanzar hacia soluciones más justas para todos los implicados, y en estos temas, sobre todo se trataría de dar respuestas judiciales que amparen los intereses de los menores, aunque en algunos casos ello suponga anteponer la realidad a la letra de la ley.

“Vine a Comala porque me dijeron que acá vivía mi padre, un tal Pedro Páramo. Mi madre me lo dijo [...] Y de este modo se me fue formando un mundo alrededor de la esperanza que era aquel señor llamado Pedro Páramo, el marido de mi madre. Por eso vine a Comala”³².

La búsqueda de la verdad biológica, de la identidad, de la dignidad de la persona no puede detenerse por no encontrar acomodo en un derecho de familia que no lleva la misma velocidad que el avance de la ciencia médica. Hacia *Comala* siempre va a seguir yendo gente, pero hoy deberían poder llevar mejores alforjas para ese viaje. Y eso, en parte, depende de nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Una filiación: tres modalidades de establecimiento: La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en G. CONTE y S. LANDINI: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furciuele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Montova, 2017.

FARNÓS AMORÓS, E.: “¿Deben los donantes de gametos permanecer en el anonimato?”, *InDret*, 2/2017.

IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 38, 2016.

³¹ MOLERO MARTÍN-SALAS, M^a. P.: “La reproducción asistida”, cit., p. 184.

³² Fragmento inicial de la novela *Pedro Páramo* (1955), del escritor mexicano Juan Rulfo.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010.

MOLERO MARTÍN-SALAS, M^a. P.: “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 14, núm. 2., 2016.

QUICIOS MOLINA, S.: “Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de la filiación”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “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*, núm. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003.

ROMERO COLOMA, A. M^a.: “Identidad genética frente a intimidad”, *Diario La Ley*, núm. 7199, de 18 de junio de 2009.

SANCHO LÓPEZ, M.: “El voto particular de la STS, Sala 1^a, sentencia 202/2015, de 24 de Abr. y la nueva Ley Alemana que obliga a las madres a revelar quién es el padre biológico de sus hijos”, *Diario La Ley*, núm. 8856, de 4 de noviembre de 2016.

SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012.

VELA SÁNCHEZ, J.: “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Diario La Ley*, núm. 7526, 13 de diciembre de 2010.