

**EL BIENESTAR DEL MENOR POR NACER: ¿UN INTERÉS A
PONDERAR EN EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA?***

***THE WELFARE OF THE UNBORN CHILD: AN INTEREST TO BE
WEIGHED FOR ACCESING IN ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES?***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 930-959

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto: "Armonización del Derecho de Familia derivado de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (DER2017-85756-P)", financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades-Agencia Estatal de Investigación, del que soy investigadora principal junto con la Prof.ª Y. Bustos Moreno.



Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: La necesidad de aproximar las legislaciones de los distintos Estados europeos en el ámbito de la reproducción asistida, para evitar el llamado “turismo reproductivo”; así como la conveniencia de realizar una valoración previa de las personas que solicitan ser receptoras de estas técnicas con fines reproductivos, en orden a acercar las distintas formas de filiación, hace que nos planteemos en el presente trabajo la introducción del “bienestar del menor por nacer” como un “interés” más a ponderar para acceder a las técnicas de reproducción asistida.

PALABRAS CLAVE: Bienestar del menor por nacer; técnicas de reproducción asistida; capacidad parental; derechos reproductivos.

ABSTRACT: *The need to approximate the legislation of the different European States in the field of assisted reproduction, in order to prevent the so-called “procreative tourism”; as well as the convenience of making a previous assessment of the persons who request these techniques for reproductive purposes, in order to bring closer the different forms of filiation, makes us consider in the present paper the introduction of the “welfare of the unborn child” as another “interest” to be weighed for accessing in assisted reproduction technologies.*

KEY WORDS: *Welfare of the unborn child; assisted reproductive technologies; parenting capacity; reproductive rights.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA- II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- I. Sobre el derecho a ser padres genéticos.- 2. La filiación en la gestación por sustitución y el interés superior del menor.- III. LAS CONDICIONES PERSONALES DE ACCESO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA.- I. La edad de la mujer.- 2. Requisitos de capacidad.- IV. APUNTES DE DERECHO COMPARADO.- V. EL BIENESTAR DEL MENOR POR NACER: UNA CUESTIÓN DE “INTERÉS”.- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Diversos textos internacionales [entre ellos la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) en su art. 16.1 e), la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (1994) pf. 7.3, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y su Plataforma de Acción de Beijing (1995) apdo. 94, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) art. 12 y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (1966) art. 23.2], reconocen el derecho básico de todas las parejas e individuos a fundar una familia y a decidir libre y responsablemente el número de hijos que quieren tener. No obstante, si prestamos atención al enunciado de los preceptos citados, podremos observar que estamos ante un derecho de contenido negativo, donde el Estado no debe inmiscuirse en la libertad de tener hijos de las personas y solo genera obligación positiva de los poderes públicos para facilitar información y métodos adecuados de planificación familiar¹.

En ellos no encontramos, por tanto, una respuesta clara a uno de los asuntos más discutidos a la hora de configurar el uso de las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA), esto es, si existe o no un verdadero “derecho a procrear” frente al Estado mediante el acceso a estas técnicas². Solo si vinculamos los derechos reproductivos a otros derechos fundamentales, como el derecho a fundar una familia y su protección (art. 12 CEDH y art. 39.1 CE)³, el derecho

1 Como han señalado ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, 2006, núm. 20, pp. 12 y 18; y FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 49 y 58.

2 VAQUER PINTO, M.J.: “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?”, en AA.VV.: *Retos Actuales de la Filiación* (coord. por R. BARBER CÁRCAMO, S. QUICIOS MOLINA y R. VERDERA SERVER), Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, p. 253, recogiendo la opinión de otros autores, señala en este sentido que no hay que confundir los deseos con los derechos.

3 En esta dirección, entre otros, FERRER RIBA, J.: “Derechos de reproducción, vínculos familiares y clonación”, *Revista de Occidente*, 1999, núm. 214, p. 75; y RUIZ-RICO RUIZ, G.: “La problemática constitucional derivada

a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH y art. 18 CE)⁴ y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) o a la libertad personal (art. 17.1 CE)⁵, podrá valorarse la violación del pretendido “derecho a procrear” por quien lo alega⁶.

Aunque no vamos a entrar aquí en este debate, pues excede de lo que es propiamente el objeto de este trabajo, sí que creemos necesario partir de la premisa generalmente admitida de que los llamados derechos reproductivos, en particular cuando hablamos del acceso a las TRA, no pueden tener como cualquier otro derecho carácter absoluto, en la medida en que son de interés general y pueden concurrir con otros derechos o intereses (como los del “menor por nacer”), por lo que se han de concretar y tratar a la postre como derechos de configuración legal⁷. Obviamente esto no impide que ciertos aspectos de la reproducción asistida puedan ser concretados reglamentariamente y que intervengan los Tribunales interpretando y aplicando las normas a los supuestos concretos que se les planteen a su conocimiento.

En esta materia precisamente resulta difícil encontrar cierta uniformidad legislativa entre los distintos Estados, lo que favorece el llamado “turismo reproductivo”. Este fenómeno tiene lugar cuando los ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país (por ejemplo, la maternidad subrogada o la fecundación “in vitro” heteróloga o con gametos de donante), bien porque el Estado al que viaja le proporciona más facilidades, menor coste o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos (como la edad, el estado civil o la orientación sexual)⁸.

España aparece en una de las primeras posiciones en el número de tratamientos de reproducción asistida realizados en todo el mundo, fundamentalmente por la laxitud de nuestra Ley. La posibilidad de utilizar gametos donados, la garantía de anonimato de los donantes y, en particular, la facilidad de acceso que tienen a estas técnicas tanto una mujer sola, como parejas no casadas o las que sí lo están (aunque sea de ambos sexos), convierten a nuestro país en uno de los destinos favoritos cuando se trata de acceder al uso de la reproducción asistida.

de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”, *Revista de Derecho Político*, 2017 (mayo-agosto), núm. 99 p. 75.

- 4 Como ha hecho el TEDH en los asuntos relativos los derechos reproductivos y la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, según tendremos ocasión de desarrollar en las siguientes líneas.
- 5 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 48.
- 6 FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento*, cit., p. 50.
- 7 En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 123; y RUIZ-RICO RUIZ, G.: “La problemática”, cit., p. 55.
- 8 Como apunta FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *La determinación de la filiación “en interés del menor”. “Turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 16.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

El TEDH otorga una gran amplitud al margen de apreciación de los Estados para fijar el régimen jurídico de aquellas cuestiones que afectan a la autonomía reproductiva de las personas, que ha venido a vincular con el derecho a la vida privada y familiar que recoge el art. 8 CEDH.

Con base en este precepto, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, en nuestro caso el derecho a la concepción mediante el acceso a las TRA, siempre que la injerencia esté justificada porque esté prevista en la ley, persiga objetivos legítimos y sea necesaria en una sociedad democrática, conforme a los criterios de legalidad, fin legítimo y necesidad sentados en el art. 8.2 CEDH.

La dificultad de resolver este tipo de asuntos, sobre los que no existe consenso ni en la sociedad ni en el ámbito de los Estados europeos, aplicando estos criterios, es precisamente lo que ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a la permisibilidad en la legislación de los Estados Parte del Convenio⁹. Pero esto no significa, según vamos a tener ocasión de comprobar en las siguientes líneas, que no se deba restringir el margen de apreciación de los Estados, cuando no se respeta, entre otras cosas, el derecho a convertirse en padres genéticos de un hijo sano o la identidad de un individuo, un menor, que pretende el reconocimiento de su filiación y su identidad nacional.

I. Sobre el derecho a ser padres genéticos.

Uno de los primeros casos sometidos al conocimiento de la Corte de Estrasburgo fue el asunto X, Y y Z contra Reino Unido, resuelto por la STEDH, Gran Sala, 22 abril 1997 (TEDH 1997, 24), donde se plantea la demanda de una pareja integrada por un transexual, nacido como mujer, pero sometido a cirugía de reasignación para ser hombre (Sr. X), y una mujer (Sra. Y) que, constante la relación, tienen una hija (Z), fruto de una inseminación artificial realizada a la mujer con semen de donante anónimo. Al intentar el Sr. X reconocer la paternidad de Z en el Registro civil inglés, las autoridades de ese país deniegan la solicitud e inscriben al niño solo con la filiación y los apellidos de la madre y dejan los datos relativos al padre en blanco. En su demanda ante el Tribunal europeo, la pareja

9 Según ponen de relieve, entre otros, MEDINA, G.: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014 (agosto), núm. 1, pp. 53-58; FARNÓS AMORÓS, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización", en A.A.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), *Boletín del Ministerio de Justicia*, Monográfico, 2015 (junio), núm. 2179, pp. 185-197; y RUIZ-RICO RUIZ, G.: "La problemática", cit., pp. 56 y ss.

alega que las autoridades nacionales violaron los arts. 8 y 14 CEDH, al negarse al reconocimiento que como padre quería realizar el Sr. X.

La Corte europea considera que, aunque todos ellos viven como una familia tradicional, donde el Sr. X se comporta como padre de la niña (apdo. 37), en la pugna entre los intereses generales que puede tener el Estado en mantener un sistema coherente de familia que sitúe en primer plano el interés del menor y sea cauteloso a la hora de inscribir los nacimientos de hijos de personas transexuales (apdo. 47) y el interés particular de estas últimas en la inscripción de sus hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida (apdos. 48-50), no existe violación del art. 8 CEDH (sin considerar necesario entrar por ello en el análisis del art. 14), cuando el derecho nacional le reconoce al Sr. X la autoridad parental si solicita la guarda conjunta de la menor (apdos. 50 y 52).

En el asunto *Evans vs. Reino Unido* [STEDH, Secc. 4.^a, 7 marzo 2006 (TEDH 2006, 19)], recurrido ante la Gran Sala y resuelto por sentencia de 10 abril de 2007 [JUR 2007, 101309]), se aborda la cuestión de si el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) incluye el derecho a ser padres desde un punto de vista genético, con ocasión del destino de varios embriones generados con gametos de una pareja que había acudido a una clínica de reproducción asistida. Durante el proceso de reproducción a la mujer le detectaron varios tumores cancerígenos, por lo que fue necesaria la extirpación de sus ovarios. Cuando transcurre el período post-operatorio, ella intenta hacer uso de esos embriones, sin embargo, en ese tiempo la pareja se había disuelto y su ex compañero retira su consentimiento para la utilización de los embriones. Este desistimiento implica que desaparece la única posibilidad de la demandante para tener hijos biológicos, ya que la legislación inglesa obliga a la destrucción de los embriones en caso de retirada del consentimiento de una de las partes.

A pesar de que era un caso difícil (pues la protección del derecho a ser madre suponía la violación del derecho a no ser padre), la Gran Sala confirmó la sentencia recurrida, atendiendo, de una parte, a que no podía establecer cuándo comenzaba la vida del embrión legalmente, ya que este era un aspecto que, dada la disparidad de legislaciones en los Estados Partes, quedaba a la discrecionalidad de cada Estado fijarlo; y, por otra, a la amplitud que tienen los Estados a la hora de elaborar sus respectivas leyes nacionales sobre reproducción asistida. Por lo que entiende el TEDH que, conforme a la legislación inglesa, la revocación del consentimiento por parte de cualquiera de los miembros de la pareja imposibilitaría la utilización de los embriones y obligaría a su destrucción, por más que sea especialmente dura la situación de la demandante.

Un caso similar al anterior es el que se plantea en *Dickson contra Reino Unido*, donde una ciudadana británica, cuyo marido está en la cárcel, solo tiene la

oportunidad de ser madre a través de las técnicas de reproducción asistida. Ante la negativa de las autoridades británicas a esta petición, la esposa recurrió al Tribunal de Estrasburgo. La STEDH, Secc. 4.^a, 18 abril 2006 (TEDH 2006, 31) confirmó las resoluciones de las autoridades nacionales, por cuanto consideró que la medida estaba justificada en los términos del art. 8.2 CEDH, para proteger el bienestar del menor que pudiera nacer (apdo. 34), dada la naturaleza y gravedad del delito por el que estaba encarcelado el marido y su prolongada ausencia durante una parte importante de la infancia del niño, así como por la aparente falta de recursos materiales suficientes para la madre y el hijo (apdo. 38).

En cambio, la Gran Sala, en su sentencia de 4 diciembre de 2007 (TEDH 2007, 86), cambió de criterio y consideró que la decisión de las autoridades británicas sí vulneraba el art. 8 CEDH. Aunque consideró legítimo que las autoridades se preocupen, en el plano de los principios, del bienestar de todo futuro niño cuando elaboran y aplican la política relativa a concepción de un hijo, el Estado tiene la obligación positiva de garantizar la protección efectiva de los menores y no puede impedir que los padres deseen concebir un hijo en tales circunstancias, más aún cuando la madre estaba en libertad y podía cuidar del eventual hijo común hasta la liberación de su marido (apdo. 76).

Otro de los asuntos presentados ante el TEDH se refiere al derecho a tener hijos por fecundación “in vitro” heteróloga y pone de manifiesto la diferencia de la legislación entre los distintos Estados sobre la materia. Así, la demanda que dio origen al caso SH y otros contra Austria, resuelta por la STEDH, Secc. 1.^a, 1 abril 2010 (TEDH 2010, 56), fue presentada por dos parejas casadas. La primera pareja era infértil y solicitaba la aplicación de la fecundación “in vitro” con semen de donante, y en la segunda la mujer carecía de óvulos y precisaba su donación. Sin embargo, la Ley austríaca 275/1992 de procreación artificial prohíbe utilizar óvulos y esperma donado para la fecundación “in vitro”, que era la única vía que tenían ambas parejas para poder concebir un hijo biológico.

La sentencia de la Sección 1.^a consideró que la legislación austríaca era contraria al art. 8 CEDH, en la medida en que el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las técnicas de reproducción asistida es una elección que claramente afecta a su vida privada y familiar (apdo. 69) y, al prohibir la ley austríaca acudir a semen u óvulo de donante en la fecundación “in vitro”, incurría en discriminación respecto a aquellos casos en los que sí se puede practicar esta técnica con gametos propios, sin justificar la diferencia de trato y violando así el art. 14 CEDH en su consideración conjunta con el art. 8 (apdos. 74-75, 85 y 86).

Sin embargo, la STEDH, Gran Sala, 3 noviembre 2011 (JUR 2011, 369437), resolvió este mismo caso en sentido diverso, considerando que los Estados tienen un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la donación de gametos

y la prohibición legal de utilizar óvulos y esperma donado para la fecundación "in vitro". La legislación austríaca no suponía una violación del art. 8, por cuanto "no prohíbe ir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria" (apdo. 114). Argumento peligroso y criticado por la doctrina, por cuanto constituye una invitación al "turismo reproductivo" y en el fondo intenta salvar la legislación de otros países que establecen la misma prohibición¹⁰.

En el caso Costa y Pavan contra Italia [STEDH, Secc. 2.ª, 28 agosto 2012 (TEDH 2012, 72)], los demandantes eran una pareja sana portadora de mucoviscidosis (fibrosis quística), según advirtieron tras el nacimiento de su primera hija y el aborto de un segundo hijo, ambos afectados por esta enfermedad genética. En ese momento quisieron tener acceso a las técnicas de reproducción asistida y al diagnóstico genético preimplantacional antes de que la demandante quedara embarazada de nuevo, pero la legislación italiana no se lo permitió. De acuerdo con la Ley n.º 40 de 19 de febrero de 2004, solo podían acceder a las técnicas de reproducción asistida las parejas estériles o infértiles, así como aquellas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual. De manera que la única opción que les ofrecía el ordenamiento italiano era iniciar un embarazo de forma natural y luego proceder a un aborto terapéutico cuando el examen prenatal mostrase que el feto estaba enfermo.

Dada esta incoherencia legislativa y teniendo en cuenta las consecuencias que ello conlleva tanto para el feto, cuyo desarrollo es obviamente mucho más avanzado que el de un embrión, como para los padres, el TEDH concluye que la denegación de un diagnóstico preimplantacional supone una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH), al afectar a su decisión de ser padres de un hijo sano¹¹.

A la vista de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo sobre esta materia se desprende que existiría violación del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, cuando no se tiene en cuenta en la legislación nacional el equilibrio que debe lograrse entre los intereses en conflicto del individuo y el interés general de preservar la coherencia de un conjunto de normas de Derecho de familia que priorizan el interés del menor [STEDH, Gran Sala, 22 abril 1997,

10 Entre otros, FARNÓS AMORÓS, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 99-100.

11 De hecho, la Ley 40/2004 de responsabilidad asistida italiana ha sido modificada y atemperada en varios aspectos de su inicial redacción. Por un lado, la prohibición del uso de gametos de donante o fecundación heteróloga (art. 4.3), fue declarada inconstitucional por la sentencia del TC italiano n. 162/2014 de 10 de junio respecto de parejas con esterilidad o infertilidad absoluta e irreversible. Por otro, la prohibición de cualquier experimentación sobre el embrión humano, salvo que persiga fines exclusivamente terapéuticos y de diagnóstico en favor del mismo embrión (art. 13), también fue declarada inconstitucional por la "Corte costituzionale" en dos sentencias, la n. 96/2015 y la n. 229/2015, tras la sentencia del caso Costa y Pavan del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

caso X, Y, Z contra Reino Unido (TEDH 1997, 24) apdo. 47]; no se respeta el derecho a la decisión de convertirse o no en padre [STEDH, Secc. 4.^a, 7 marzo 2006, caso Evans contra Reino Unido (TEDH 2006, 19) apdo. 57]; de ser padres genéticos haciendo uso a tal fin de la procreación médicamente asistida [STEDH, Gran Sala, 4 diciembre 2007, caso Dickson contra Reino Unido (TEDH 2007, 86), apdo. 66 y STEDH, Secc. 1.^a, 1 abril 2010, SH y otros contra Austria (TEDH 2010, 56), apdo. 60]; así como el derecho a gestar a un hijo que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores los padres, lo que implica la posibilidad de acceder a un diagnóstico preimplantacional [STEDH 28 agosto 2012, caso Costa y Pavan contra Italia (TEDH 2012, 72), apdo. 57].

2. La filiación en la gestación por sustitución y el interés superior del menor.

Los casos *Menesson y Labassee* contra Francia, ambos resueltos en sentencias de 26 de junio de 2014 [SSTEDH, Secc. 5.^a, 26 junio 2014 (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente)] suponen el primer pronunciamiento favorable del TEDH respecto al establecimiento de la filiación en supuestos de gestación subrogada. En ambos asuntos se trata de matrimonios heterosexuales de nacionalidad francesa que acuden a los EEUU, ante la prohibición de la legislación de su país de realizar contratos de gestación subrogada (de acuerdo con el art. 16.7 CC francés). Los *Menesson* tuvieron gemelas gracias a una gestante californiana y los *Labassee* una niña en Minnesota. En ambos casos los hombres aportaron sus propios gametos, procediendo el óvulo de donante. Ante la negativa de las autoridades francesas a inscribir las resoluciones judiciales norteamericanas, inscritas en el Registro civil estadounidense, los matrimonios citados acuden al TEDH invocando el art. 8 CEDH.

El Tribunal de Estrasburgo entiende justificado que las autoridades galas se nieguen a inscribir este tipo de nacimientos, para desanimar a los ciudadanos que pretendan recurrir a un método prohibido en su territorio. Pero también considera que deben tener en cuenta que sus actuaciones tienen efectos no solo en los padres de intención, sino también en los hijos concebidos de esta forma. De manera que cada vez que esté en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior del menor sobre el resto, a juicio de la Corte europea¹².

Así distingue el derecho de los demandantes a su vida familiar y el derecho de los hijos al respeto a su vida privada, y considera que la negativa de la inscripción

12 Otro dato a tener en cuenta en los casos *Menesson* y *Labassee* es que los menores llevaban conviviendo con sus padres más de 10 años (en los dos casos), si atendemos al momento en el que se pronuncia la sentencia del TEDH. Como aprecia JIMÉNEZ MUÑOZ, F.: "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada", *REDS*, 2018, n.º 12, p. 53, en los casos resueltos por el TEDH sobre filiación derivada de la maternidad subrogada han sido decisivas, además de la existencia de vínculos biológicos entre el niño y los padres intencionales, la duración de la convivencia entre ellos.

por las autoridades francesas no respeta la posibilidad de que cada menor tenga la capacidad de establecer los detalles de su propia identidad como ser humano, lo que incluye la filiación. Por lo que aprecia vulneración del derecho a la identidad personal de las menores (que forma parte de su vida privada), pues las niñas quedaban avocadas a la incertidumbre de acceder a la nacionalidad francesa, con todas las consecuencias negativas que ello conlleva (apdos. 100-101 caso *Menesson* y 70-80 caso *Labasse*).

Posteriormente ha habido otros casos más, como el caso *Foulon y Bouvet* (gestación en India) y *Laborie* (gestación en Ucrania), resueltos de forma similar a los anteriores en las SSTEDH, Secc. 5.ª, 21 julio 2016 (TEDH 2016, 61) y 19 enero 2017 (JUR 2017, 14349).

Distinto, sin embargo, a los casos anteriores, es el resuelto en la STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso *Paradiso y Campanelli* (JUR 2017, 25806), que revocó la STEDH, Secc.2.ª, 27 enero 2015 (TEDH 2015,17). En él se decide sobre las drásticas medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la separación permanente del menor respecto a los padres comitentes en un supuesto de maternidad subrogada.

Los hechos del litigio se remontan al momento en el que un matrimonio italiano, formado por la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli, tras varias tentativas de fecundación "in vitro" y un intento fallido de adopción, deciden celebrar un contrato de gestación por sustitución a través de una clínica especializada en Moscú. Los padres comitentes se registraron como padres del bebé, de acuerdo con la legislación rusa, sin ninguna indicación de que el niño había nacido a través de gestación subrogada. Cuando la Sra. Donatina acude al consulado italiano para obtener los documentos necesarios para viajar con el bebé a Italia, se informa a las autoridades italianas que el expediente relativo al nacimiento del niño contenía información falsa. Esto tuvo como resultado el inicio de diferentes procedimientos contra los padres comitentes en Italia, donde quedó demostrado que el niño no era hijo biológico de ninguno de ellos. En vista de lo cual, el Tribunal de menores decide separar al menor de los padres comitentes y prohibir cualquier contacto con el niño, por el simple hecho de que habían violado la ley, quedando el menor bajo la tutela de los servicios sociales, luego pasó a acogimiento familiar y finalmente fue adoptado.

La Gran Sala reconoció que los hechos en cuestión están relacionados con la vida privada de los demandantes, pero decidió que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH, a pesar de la existencia de un plan de parentalidad y lazos afectivos entre el menor y los demandantes, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres comitentes, el breve periodo de

tiempo en el que estos y el menor convivieron juntos (8 meses en total) y la precariedad de vínculos jurídicos entre ellos (apdos. 157-158).

La última postura del TEDH sobre la maternidad subrogada la encontramos en el Dictamen Consultivo resuelto por la Gran Sala de 10 de abril de 2019, a requerimiento de la Corte de Casación francesa, relativo al reconocimiento pleno de los niños nacidos por maternidad subrogada como hijos de la madre de intención¹³.

En dicho Dictamen se dice que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido por subrogación y la madre de intención puede tener consecuencias negativas en varios aspectos de vida privada del menor, como el riesgo a no tener acceso a la nacionalidad de la madre y todo lo que ello conlleva (apdo. 40), así como la ausencia de identificación legal de las personas responsables del criarlo (apdo. 42). De ahí que mantenga que una vez que se ha reconocido la paternidad legal del padre de intención, que a su vez es padre biológico del niño, el derecho al respecto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige que el Derecho nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, aunque no sea su madre biológica, siempre y cuando aparezca como "madre legal" en el certificado de nacimiento extranjero legalmente expedido (apdo. 46). No obstante, la Corte de Estrasburgo considera que la elección de los medios por los cuales es posible permitir este reconocimiento de la relación entre el niño y sus padres comitentes está dentro del margen de apreciación de los Estados. De tal manera que este reconocimiento de la maternidad no exige la inscripción en el Registro civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede materializarse por otras vías, como la adopción, siempre que se garantice su efectividad y celeridad conforme al interés superior del niño (apdos. 48-55).

En suma, tras los diferentes casos examinados podemos concluir que el TEDH, aunque reconoce la falta de consenso entre los Estados a la hora de regular la filiación derivada de las TRA, considera que la negativa de estos a reconocer e inscribir en sus Registros civiles nacionales la filiación de los niños a favor de los padres comitentes en los casos de maternidad subrogada, cuando existe un vínculo biológico, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH), que asocia con su derecho a la identidad y este a su vez con la nacionalidad. De esta forma obliga a los Estados a tomar en consideración el interés superior del menor en estos casos [SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, casos Menneson y Labassee contra Francia (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente) apdos. 100-101; 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet

13 Disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/dictamen-consultivo-del-tedh-maternidad-subrogada-practicada-pais-extranjero-donde-esta-practica-legal/>.

contra Francia (TEDH 216, 61); y 19 enero 2017, caso Laborie contra Francia (JUR 2017, 14349) y Dictamen Consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 38]. Lo que incluye la protección contra los riesgos de abusos que puede comportar la gestación por sustitución [STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806), apdo. 202].

El principal peligro que se deriva de esta jurisprudencia que otorga a los Estados un importante margen de apreciación en materia de reproducción asistida, es el incremento del llamado “turismo reproductivo”, según se ha señalado por la doctrina¹⁴. De ahí que cada día se haga más necesaria la adopción de estándares mínimos comunes para las heterogéneas legislaciones nacionales en materia de acceso a las TRA¹⁵.

III. CONDICIONES PERSONALES DE ACCESO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA.

Las condiciones personales de acceso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país están previstas en los arts. 3 y 6 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

Antes de entrar en el análisis de estas normas, hay que señalar que la actual Ley desvincula las técnicas de reproducción asistida de la esterilidad. De manera que su uso puede ser recabado hoy día tanto por personas con esterilidad, como por otras que no tienen problemas en este sentido, pero que buscan prevenir y tratar enfermedades de origen genético (arts. 12 y 13 LTRHA) o la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados (art. 11 LTRHA) porque quieren tener hijos en un determinado momento de sus vidas. De hecho, en la cartera de servicios sanitarios comunes de la Seguridad Social (anexo III norma 5.3.8 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre), se incluye la reproducción humana asistida como una prestación más cuando haya un diagnóstico de esterilidad, pero también una indicación clínica establecida conforme a los programas de cada servicio de salud.

De los arts. 3 y 6 LTRHA se infiere que las receptoras o usuarias de estas técnicas solo pueden ser mujeres. El hombre podrá dar su consentimiento para que su pareja se someta a las mismas o bien aportar su propio material genético,

14 Entre otros, FARNÓS AMORÓS, E.: “La reproducción asistida”, cit., p. 108.

15 En este sentido, CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “La creciente ampliación del margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: análisis crítico y bases para su reducción”, *RJUAM*, 2017-1, núm. 35, p. 45 y ss., advierte que la ampliación del margen de apreciación nacional por parte del TEDH en el ámbito de la salud reproductiva “constituye una manifestación más de la crisis del proyecto europeo, tanto a nivel de la UE como del Consejo de Europa... supone un vaciamiento fáctico del contenido del CEDH y lleva consigo una degradación del marco europeo de derechos humanos” (p. 69).

pero quien deberá gestar el hijo fruto de la reproducción asistida será la mujer, sola o con su pareja (cualquier que sea su sexo).

El hecho de que nuestra Ley de reproducción asistida permita el acceso de la mujer sola, frente a países como Italia, Alemania, Suiza o Francia (este último en trámites de modificación legal), que reservan este tratamiento únicamente para parejas, ha sido objeto de crítica por quienes consideran que el legislador no debía haber legitimado a la mujer sola para decidir que un hijo no tuviera padre. Sin embargo, entiendo que este debate está ya más que superado teniendo en cuenta, por un lado, la admisión del modelo de familia monoparental en nuestra sociedad y, por otro, la aptitud de una persona individual para adoptar niños (art. 175.4 CC) y, en consecuencia, para criarlos.

I. La edad de la mujer.

De acuerdo con el art. 6.1 TRHA podrá ser usuaria o receptora de estas técnicas cualquier "mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar", siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa, con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Solo en el caso de que la receptora estuviera casada (y no separada legalmente o de hecho) o bien acuda con un varón que, sin ser un mero donante anónimo, quiera aportar su esperma (ya sea o no su pareja), deberá contar también con el consentimiento de su cónyuge o del varón para someterse a estas técnicas y determinar así la filiación del niño (arts. 6.3 y 8.2 LTRHA). Este consentimiento tendrá dos finalidades principalmente: en primer lugar, la autorización de la intromisión en el propio cuerpo para obtener el material genético preciso para la aplicación de las técnicas, en el caso de tratarse de una fecundación homóloga o con gametos propios; y, en segundo lugar, aceptar la consecuencia de la determinación de la filiación obtenida mediante reproducción asistida, ya sea homóloga o ya heteróloga (arts. 8.1 LTRHA y 116 CC)¹⁶.

Al fijar una edad mínima, 18 años, la Ley excluye expresamente que puedan acceder a estas técnicas las menores emancipadas¹⁷. Seguro que pensando que se

16 Sobre este segundo aspecto *vid.* en particular 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)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, vol. 4, n.º 1, p. 321-322, quien sostiene que el consentimiento para la fecundación del varón conviviente no es un reconocimiento de la filiación, que debe tener lugar en la forma establecida en el art. 120 CC, sino una manifestación de voluntad que comporta un acto de responsabilidad, de asumir como propio el hijo que se conciba en un proyecto común de familia, aunque biológicamente no sea suyo.

17 JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "Consentimiento y edad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI* (dir. por S. Tamayo Haya), Comares, Granada, 2015, p. 20.

precisa una cierta madurez para ser madre. Sin embargo, como no pone límite de edad máxima, genera incertidumbre para aquellas mujeres en edad tardía que quieren ser madres, lo cual cada vez es más frecuente teniendo en cuenta que la edad media a la que se accede por primera vez a la maternidad se va retrasando cada año, ya sea por motivos profesionales o económicos.

Pese a que la Ley no fija una edad tope, la sanidad pública española ha establecido como requisito para el acceso a la reproducción asistida que la usuaria sea una mujer estéril con una edad máxima de 40 años en el momento en el que se inicia el tratamiento, mientras que para los hombres la edad está en 55 (otro requisito, además de la edad, es la ausencia de hijo previo y sano y, en el caso de parejas -heterosexuales o mujeres con pareja femenina-, ningún hijo común previo y sano). Por otro lado, existe un consenso por parte de la Sociedad Española de Fertilidad y las clínicas privadas en fijar en 50 años la edad máxima para que la mujer pueda someterse a estos tratamientos, dado que los riesgos pasada esa edad son muy altos y las garantías de lograr un embarazo muy bajas.

Los médicos serán a la postre quienes decidan en relación con el acceso a estas técnicas, examinando cada caso en concreto y teniendo el deber de informar a la madre de los riesgos que implica para ella y su descendencia una maternidad a una edad muy tardía (art. 6.2 LTRHA). De manera que en el caso de que existan altas probabilidades de fracaso o importantes riesgos para la salud de la madre o del futuro hijo, el derecho a la salud de estos últimos debe primar sobre cualquier otro interés, como marca la propia Ley (art. 3.1 LTRHA)¹⁸. En estos casos difíciles, a mi modo de ver, el equipo médico debería valorar también la capacidad para hacer frente a las responsabilidades parentales de la mujer o de la pareja como una cuestión más que afecte a la salud, física o psíquica, de la descendencia.

Esta valoración anticipada evitaría situaciones alarmantes como la de Mauricia, que con 64 años fue madre de dos niños. Esta señora había tenido una hija también por fecundación "in vitro" y los servicios sociales asumieron su custodia seis años atrás, porque la niña no recibía la atención y el cuidado necesarios. Para lograr otro embarazo viajó a Estados Unidos, donde se sometió a un tratamiento de fecundación "in vitro" y dio a luz a dos gemelos en Burgos. Pues bien, la historia se repitió con los nuevos hijos y los servicios sociales tuvieron que actuar sobre la

18 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario jurídico a los apdos. 1,3 y 4 del art. 3 LTRHA", en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y C. OCHOA MARIETA y coord. por O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2007, p. 60, señala en relación con este precepto, que no quedarían exonerados de responsabilidad los médicos que aceptasen llevar a cabo el tratamiento, respaldados por el consentimiento de la mujer, incluso correctamente informada de los riesgos existentes, si estos existieran y se produjeran. El hijo que naciera con los daños derivados causalmente de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida sería el legitimado para su reclamación.

custodia de los bebés, al considerar que estaban en situación de desamparo tras negarse Mauricio a tratar su trastorno paranoide¹⁹.

2. Requisitos de capacidad.

Siguiendo con las usuarias de las técnicas de reproducción asistida, cabe observar que el art. 2.I de la Ley 35/1998 TRA señalaba que su uso se realizaría solamente: a) cuando existieran posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o de la posible descendencia; y b) en "mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica", que consientan de forma libre, consciente y previa información y asesoramiento suficientes²⁰.

El actual art. 3.I LTRHA, que se refiere a las condiciones personales para su acceso, ha omitido la exigencia de "buen estado de salud psicofísica" que figuraba en la anterior redacción. En él se establecen una serie de condiciones objetivas que deberán ser valoradas por el equipo médico que lleve a cabo el tratamiento. Así, las técnicas de reproducción asistida solamente se podrán realizar: i) cuando haya posibilidades razonables de éxito; ii) no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia; y iii) con previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer; que ha debido de ser previa y debidamente informada tanto de las posibilidades de éxito, como de sus riesgos y condiciones de aplicación.

El requisito del buen estado de salud psicofísico solo es exigido por el art. 5.6 LTRHA para ser donante, además de la plena capacidad de obrar. Para acreditar este estado psicofísico se deberá de cumplir con las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y analíticas que demuestren que no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia (art. 5 apdo. 6 LTRHA), con el objetivo de evitar en la medida de lo posible malformaciones cromosómicas y garantizar una cierta calidad en el material genético.

En cuanto a la exigencia del requisito de la plena capacidad de obrar para acceder al uso de estas técnicas (art. 6.I LTRHA), habrá que tener en cuenta, por un lado, el principio de igualdad jurídica de todas las personas (con o sin discapacidad) recogido en el art. 12 de la Convención Internacional de Derechos

19 Noticia disponible en: https://www.lespanol.com/espana/politica/20170416/208979216_0.html (fecha de la consulta: 18/04/2020).

20 Adviértase que el TC en su sentencia núm.116/1999, que tenía por objeto la constitucionalidad de la Ley 35/1988, señala en su FJ 14.º que "no carece de toda justificación que el legislador, al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, estableciese ciertas reglas sobre los requisitos que deben cumplir las mujeres que se sometan a las mismas o sobre la filiación de los nacidos por fecundación artificial, dado que estos aspectos son consecuencia jurídica inescindible de la aplicación de las técnicas reproductoras objeto de la regulación legal".

de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), del que España es Estado Parte; y, por otro, la DA 5.ª LTRHA que introduce una cláusula general de no discriminación para el acceso y uso de estas técnicas por parte de las personas con discapacidad²¹.

En mi opinión, una interpretación acorde con la CDPD nos debe llevar a afirmar que en el caso en el que la mujer haya visto su capacidad modificada judicialmente y, conforme a lo que conste en la sentencia, su falta de capacidad no afecte al ejercicio responsable de la maternidad o de la patria potestad, ni a su capacidad para poder prestar un consentimiento informado válido para actos médicos que afecten a su integridad física, cabría entender que existe aptitud para prestar un consentimiento informado válido (art. 6.1 LTRHA)²², y, por tanto, sería posible acceder a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando se cumplan, además, el resto de los presupuestos previstos en la Ley, esto es, que existan posibilidades razonables de éxito y no haya riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o de la posible descendencia (art. 3.1 LTRHA)²³.

Consecuentemente, ninguna patología psíquica o física debería por sí misma suponer una incapacidad para el acceso a las TRA, siempre y cuando no se produzcan riesgos para la madre o el futuro niño. Lo que ocurriría, bajo mi punto de vista, con las demencias graves, discapacidades intelectuales severas o estados de salud psíquica bastante mermados donde, por informes médicos o de otra índole, se constate que la mujer no se puede responsabilizar de las tareas que implica ser madre aunque cuente con apoyos, así como en los casos en los que una patología grave se transmitiera a su prole, a menos que se actúe un eventual diagnóstico genético embrionario que permitiera asegurar hijos sanos²⁴.

Para el caso de que la mujer tenga alguna discapacidad física que afecte a sus funciones orgánico-biológicas, el equipo médico deberá de valorar e informar a la usuaria, a través de medios y formatos accesibles, de todos los riesgos que

21 Cabe traer a colación aquí el caso de Portugal, cuya Ley n. 49/2018, de 14 de agosto, ha procedido a adaptar la Ley 32/2006, de 26 de julio, sobre Reproducción Médicamente Asistida, en consonancia con lo dispuesto en la CDPD. Así, ha sustituido la anterior redacción del art. 6.2 de la Ley 32/2006, que establecía como requisito para acceder a la reproducción asistida el ser mayor de 18 años y no encontrarse “incapacitados o inhabilitados por anomalías psíquicas”, por ser persona que tenga “por lo menos 18 años y no exista una sentencia de apoyo que prohíba el recurso a estas técnicas”.

22 De acuerdo con lo dispuesto en la DA 2.ª de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, en todo lo relativo a la información asistencial y al consentimiento informado del paciente que resulte en la aplicación de las TRA, actuará de forma supletoria la Ley 41/2002. Del art. 3 de esta última se desprende la exigencia de facultades (mentales y físicas) para decidir y asumir las consecuencias del acto médico. En nuestro caso se trataría de actos dirigidos a la gestación, aunque también cabría la posibilidad de autorizar la prestación válida del consentimiento dirigido a autorizar la donación de preembriones u óvulos, así como a su crioconservación y posterior almacenamiento o autorizar un programa de diagnóstico genético preimplantacional.

23 Para mayor detalle sobre el tema *vid.* MÚRTULA LAFUENTE, V.: “Los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2019, núm. 5, pp. 33 y ss.

24 En este sentido, ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J.: *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada, 2009, p. 41.

asumiría. Solo cabría que los propios facultativos se puedan negar a proporcionar esta práctica, cuando las condiciones (entre riesgo-beneficio) así lo aconsejen, aunque se cuente con el consentimiento de la paciente²⁵.

En los casos en los que el médico decida que no resulta pertinente el empleo de estas técnicas, podrá apelar a su derecho fundamental a la libertad de conciencia protegido en la CE, aunque no haya mención alguna a esta institución en la LTRHA.

En definitiva, en el acceso a las técnicas de reproducción asistida, la obligación legal y también ética de no causar daño ni a la mujer usuaria ni a su descendencia debe considerarse prioritaria por los médicos, por encima incluso de la voluntad de los pacientes y de su libertad reproductiva²⁶.

IV. APUNTES DE DERECHO COMPARADO.

Aunque no existe una uniformidad legislativa a la hora de abordar las condiciones de acceso a las TRA, podemos mirar hacia otros países y constatar que, en algunos de ellos y a diferencia del nuestro, uno de los criterios que tendrán que valorar los facultativos a la hora de decidir el empleo de estas técnicas es el bienestar del menor por nacer.

En Francia, por ejemplo, la L.2141-2 del “Code de la santé publique”, pendiente de modificación legal²⁷, afirma que la reproducción asistida está destinada a remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de particular gravedad. Dispone, además, que el hombre y la mujer que formen la pareja deben estar vivos (no está permitida la inseminación post-mortem) y mantener el vínculo legal o de convivencia en el momento de la inseminación o de la transferencia de embriones. Se permite la fecundación heteróloga [un embrión solo podrá ser concebido “in vitro” con gametos que provengan al menos de uno de los miembros de la pareja (L. 2141.3)]. Cabiendo destacar, a los efectos que aquí nos interesan, que la implementación de la reproducción asistida deberá ir precedida de entrevistas particulares a los solicitantes por parte de los miembros de un equipo médico-clínico multidisciplinar, para informarles del proceso y verificar, entre otras cosas, la motivación que tiene la pareja, pudiendo, en caso de que sea necesario, acudir a los servicios sociales instituidos en el Código de la familia y de Asistencia Social o incluso estimar que

25 Así, SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, 2012 (enero-diciembre), núm. 26, pp. 301-302.

26 ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J.: *Bioética*, cit., p. 45.

27 Cabe observar que está previsto un Proyecto de Ley de bioética, en período de examen y adopción parlamentaria en el momento de concluir este trabajo, que tiene previsto autorizar la procreación medicamente asistida a parejas de mujeres y a mujeres solteras, y también elimina el criterio médico de infertilidad.

los solicitantes necesitan un período de reflexión en interés del niño por nacer (L. 2141-10).

En Alemania, tendremos que acudir al Código social alemán, en su libro quinto, relativo al seguro de salud obligatorio²⁸, para ver los requisitos para el acceso a la inseminación artificial (“Künstliche Befruchtung”) cubiertos por su sistema de Seguridad Social. De acuerdo con el § 27, es preciso un dictamen médico indicando la oportunidad de su empleo como último remedio para el embarazo de la mujer [§ 27a (1).1] y deben existir indicios razonables de éxito [§ 27a (1).2]. El uso de estas técnicas deberá ser requerida por parejas casadas [§ 27a (1). 3], en edades comprendidas entre los 25 a los 40 años en el caso de las mujeres y los hombres que no hayan cumplido los 50 antes del inicio del tratamiento [§ 27a (3)]. En la inseminación artificial solo se podrán utilizar los óvulos y el esperma de los cónyuges [§ 27a (1). 4]²⁹.

Con anterioridad a someterse a estas técnicas, la pareja ha debido de acudir a un facultativo, que no lleve a cabo la inseminación artificial, para que les informe de todo el proceso y realice una valoración de los aspectos médicos y psicosociales de la pareja, en orden a otorgar su conformidad al tratamiento [§ 27a (1). 5]. Por lo tanto, en el Derecho alemán nos encontramos con la necesidad de dos informes médicos favorables para el acceso a las TRA: uno inicial donde se valora la viabilidad médica [§ 27a (1).1] y otro segundo más amplio donde se tienen en cuenta, además de los aspectos médicos, los psicosociales [§ 27a (1). 5].

En Reino Unido la legislación aplicable se encuentra en la Ley de Fertilización Humana y Embriología (en adelante, HFEA) de 1990 (“Human Fertilisation and Embryology Act”)³⁰, modificada en 2008, 2010 y 2014, que debe ser completada con las directrices de “The Human Fertilisation and Embryology Authority” (HFEA), autoridad administrativa independiente, creada por la HFEA, encargada de reglamentar las prácticas con embriones y otorgar las licencias y habilitaciones a las clínicas y centros de fertilidad.

La HFEA tiene elaborado un Código de conducta o buenas prácticas que recoge el grueso de sus directivas generales sobre la interpretación de la ley y, pese

28 *Sozialgesetzbuch (SGB), Fünftes Buch (V). Gesetzliche Krankenversicherung*, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/BJNR024820988.html.

29 Este requisito del estado civil de la pareja, contenido en el Código Social y en las directrices formuladas por la Asociación Médica Alemana (<https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/richtlinien/>), ha sido muy controvertido en aquel país, pues la exigencia de que solo se utilicen óvulos y esperma de los cónyuges obliga a las personas solteras y a las parejas de mujeres (casadas o no) a tener que costearse el tratamiento por su cuenta. Cabe señalar que el Tribunal Federal alemán de Finanzas se ha abierto recientemente al reconocimiento de la reclamación de los gastos de la reproducción asistida a cargo de la Seguridad Social a parejas de mujeres del mismo sexo (*vid.* en este sentido la Sentencia del BFH de 5 de octubre de 2017, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/718994/>).

30 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.

a no tener carácter vinculante, orienta las licencias y prácticas de las clínicas al influir en su concesión y poderlas sancionar³¹. En él se prescriben una serie de principios básicos, entre los que destacamos, que los centros con licencia deberán tratar a los pacientes y donantes de manera justa y no discriminatoria, proporcionarles información suficiente, accesible y actualizada para tomar decisiones informadas, así como también tener en cuenta el bienestar de cualquier niño que pueda nacer como resultado del tratamiento y de cualquier otro niño que pueda verse afectado por ese nacimiento³².

El principio del bienestar del niño ("Welfare of the child"), desarrollado por la directriz 8 que a su vez interpreta la sección 13(5) de la HFEA en su redacción original de 1990, obliga a las clínicas a tener en cuenta el bienestar del futuro menor a la hora de aceptar las candidatas a tratamientos de reproducción asistida. Incluye la necesidad del niño de apoyo parental. Para ello, el centro debe de contar con procedimientos documentados (apdo. 8.2) y evaluar a cada paciente y su pareja, si la tuviera (apdo. 8.3).

Las personas que buscan este tipo de técnicas tienen derecho a una evaluación justa, que deberá de hacerse de manera no discriminatoria. En particular, los pacientes no deberán ser discriminados por motivos de género, raza, discapacidad, orientación sexual, creencias religiosas o edad (apdo. 8.6). El centro deberá hacer un historial médico y social de cada paciente y su pareja (si tuviera), pudiendo ser entrevistados por separado (apdo. 8.8).

Entre los factores a considerar durante el proceso de evaluación figuran circunstancias pasadas o actuales que pueda llevar a una incapacidad para cuidar cualquier niño como, por ejemplo, condenas por violencia, privación de la patria potestad o la custodia [apdo. 8.14 (a)]; o condiciones mentales o físicas, abuso de drogas o alcohol, historial médico que indique que el niño que nazca es probable que sufra una afectación médica grave o circunstancias que el centro considere que le pueden causar un daño grave a él o a cualquier otro hijo [apdo. 8.14 (b)]³³. Al considerar el apoyo parental, los centros atenderán al compromiso de los padres y podrán tener en cuenta las relaciones familiares y sociales más amplias en las que se criará el menor (apdo. 8.15).

El rechazo al tratamiento se producirá cuando el centro llegue a la conclusión de que el niño que nazca o cualquier otro hijo de la familia, corre el riesgo de sufrir un daño significativo o no pueda obtenerse suficiente información para concluir la inexistencia de riesgo (apdo. 8.18). Al decidir el rechazo, el centro deberá tener en

31 <https://www.hfea.gov.uk/media/2793/2019-01-03-code-of-practice-9th-edition-v2.pdf>.

32 "Regulatory principles for licensed centres", *Code of Practice*, 2019, p. 13.

33 "Factors to consider during the assessment process", *Code of Practice*, 2019, pp. 95- 96.

cuenta las opiniones de todo el personal que ha estado involucrado en el cuidado del paciente y dar a este último la oportunidad de responder a esta negativa antes de que se tome la decisión final (apdo. 8.19). Si continúa rechazando el tratamiento, el centro deberá de explicar, por escrito, al paciente y a su pareja las razones del rechazo, cualquier circunstancia que permita reconsiderar su decisión y otras opciones (apdo. 8.20).

En esta misma dirección, la Ley Federal de reproducción médica asistida de Suiza, de 18 de diciembre de 1998, modificada el 1 de septiembre de 2017, establece en su art. 3 que el tratamiento de reproducción asistida tan solo se podrá realizar cuando el interés del niño por nacer esté garantizado (art. 3.1)³⁴. Se exige en este sentido que la pareja que acude a estos tratamientos asuma la relación paterno-filial derivada de los arts. 253-263 del CC (ZGB)³⁵ y, atendiendo a sus circunstancias personales y a su edad, pueda cuidar al menor hasta su mayoría de edad (art. 3.2).

Finalmente, cabe referenciar el caso de Holanda, donde las directrices profesionales para el acceso a TRA señalan que este tratamiento puede ser rechazado por los profesionales médicos por motivos morales³⁶. La reglamentación holandesa apela también al interés y bienestar del futuro niño, como justificación fundamental para la reglamentación y acceso a la reproducción asistida. Esta directriz permite a los médicos excluir a los futuros padres con un historial de abusos o negligencia en el cuidado de menores, o a los que sufren de un trastorno mental o psicológico.

V. EL BIENESTAR DEL MENOR POR NACER: UNA CUESTIÓN DE “INTERÉS”.

Resulta difícil entender la razón por la cual en nuestro país y a diferencia de otros países europeos (como hemos tenido ocasión de comprobar), no se entra a valorar el interés o bienestar del menor por nacer a la hora de acceder a la reproducción asistida, cuando el interés superior del menor siempre es una prioridad en otras formas de filiación como la adopción, lo que lleva a ponderar la capacidad parental del futuro adoptante o adoptantes³⁷. Máxime teniendo en cuenta, de acuerdo con el parecer mayoritario de la doctrina, que ni la Ley 35/1988 ni la actual LTRHA pretendieron crear un nuevo título constitutivo de

34 <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20001938/index.html>.

35 <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>.

36 Vid. NVOG Modelprotocol: Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen (2010), <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/Mogelijke-morele-contra-indicaties-bij-vruchtbaarheidsbehandelingen-1.0-04-06-2010.pdf>.

37 Como también hemos podido comprobar, el interés del menor es relevante para determinar la filiación que tiene lugar como consecuencia de la maternidad por sustitución, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH.

filiación basado en la voluntad de procrear, sino que se limitaron a regular ciertas peculiaridades para el caso de que la generación tuviera lugar mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida³⁸.

Así, si echamos un vistazo a lo que ocurre en los procesos de adopción en España, podemos ver que estos quedan a cargo de la Administración. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad pública correspondiente a favor del adoptante o adoptantes, que han debido de pasar con anterioridad por un procedimiento de determinación de la idoneidad, requisito imprescindible tanto para la adopción nacional como para reconocer la adopción tramitada en el extranjero (art. 176.2 CC)³⁹.

Para la declaración de idoneidad, la entidad pública ha debido realizar una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y social de los adoptantes, así como si el adoptante tiene capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art.176.3 pñ. 2 CC). Entre los factores a ponderar están la capacidad intelectual, su madurez personal, estabilidad, autonomía y capacidad para asumir responsabilidades. La exigencia de estos requisitos se justifica única y exclusivamente por la protección y el interés de los menores. De hecho, en la tramitación del expediente de adopción, el juez podrá ordenar cuantas diligencias considere necesarias para salvaguardar el interés del menor.

En el ámbito internacional, según se desprende del Convenio de la Haya sobre adopciones internacionales de 29 de mayo de 1993, es preciso también un estudio psicosocial de la pareja adoptante [arts. 5.a) y 15.1]. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, exige en este sentido para la declaración de idoneidad una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art. 10.1).

Esta valoración previa de la capacidad para ser madre o padre no concurre sin embargo en el caso de las TRA, sobre todo cuando se hace a través de clínicas privadas. Su práctica tan solo dependerá de la interpretación que el facultativo o el equipo médico realice sobre si su uso supone un riesgo grave para la salud física o psíquica tanto de la madre como de la posible descendencia (art. 3.1 LTRHA).

38 Según advierte DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación", cit., p. 314.

39 Se entiende por idoneidad, como expresa el art. 176.3 CC, "la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción". Este artículo fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia, incorporando en el Código civil los requisitos de idoneidad establecidos por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional en su art. 10.1.

En el ámbito de la sanidad pública, hemos podido observar que solo alguna Comunidad Autónoma indica en sus protocolos que la reproducción asistida no se aplicará a personas donde exista una contraindicación médica o “cualquier otra situación documentada” que interfiera o pueda interferir de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia, y en este último caso sometida a la consideración de un comité de ética asistencial u órgano similar⁴⁰.

De ahí que proponamos, de “lege ferenda”, la necesidad de realizar una valoración mínima previa de la persona que solicita ser receptora de estas técnicas con fines procreativos, en orden a salvaguardar el bienestar o “interés del menor por nacer”.

La cuestión que estoy planteando ya se ha presentado en otros países, no solo a nivel legal sino también doctrinal y jurisprudencial, donde hay una demanda creciente de una mayor protección de los intereses del futuro niño.

Es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos, donde en los últimos años han surgido nuevas medidas legales con el objeto de proteger de posibles daños al niño no nacido y futuro, tanto por un defecto genético como por una conducta nociva de su padre o de su madre, dándole un tratamiento legal parecido al de la persona física, aunque no cumpla con los requisitos para alcanzar la personalidad (determinada por el nacimiento, como en la generalidad de ordenamientos)⁴¹. Y ello por cuanto consideran que el daño prenatal al niño no tiene por qué ser causado durante el embarazo; pues en algunos casos el riesgo del daño está intrínsecamente relacionado con el estado de existencia del propio menor. Así ocurre, no solo cuando el niño tiene una afección genética grave (donde juega un papel fundamental la regulación del diagnóstico genético preimplantatorio), sino también cuando sus padres biológicos carecen de la capacidad parental necesaria para criar a un hijo y, por lo tanto, suponen un riesgo potencial de abuso o desamparo del propio menor⁴².

40 Vid. aquí Criterios de Inclusión Unidad de Reproducción Asistida del Servicio de Salud del Principado de Asturias, <http://www.hca.es/huca/web/documentos/Criterios%20de%20Inclusi%C3%B3n-20160722.pdf> (fecha de la consulta 19/04/2020).

41 Lo cual no ha estado exento de críticas y problemas pues, a la postre, supone una fragmentación y una ficción de la categoría de persona física, al retrotraer los intereses de una “persona” a un momento anterior a su concepción, según observa, VAN BEERS, B.: “The Changing Nature of Law’s Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person”, *German Law Journal*, 2017, vol.18, núm. 3, pp. 559 y ss.

42 Como desarrolla TEN HAAF, L.: “Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of two Subject-Oriented Approaches--the Subject of Rights and the Subject of Interests”, *German Law Journal*, 2017, vol. 18, núm. 5, pp. 1091 y ss., quien además advierte que, en los ejemplos señalados, se atribuye al futuro niño un interés específico difícil de justificar: el interés en su propia inexistencia. Se supone que en los casos en los que no se puede garantizar suficientemente el bienestar del futuro menor, éste se encuentra en mejor situación si no existiera.

Este tipo de daños se reconducen en el Derecho extranjero hacia las llamadas “the wrongful life actions”, donde la vida de la persona con discapacidad o en unas condiciones en las que prefería no haber existido se presenta como un daño indemnizable. En el punto de partida de estas acciones está el comportamiento de un profesional médico que, con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico, omite la información o emite un diagnóstico erróneo sobre el estado de un “nasciturus”, que impide que los progenitores conozcan los problemas que afectarán de por vida al futuro niño. Estos daños no pueden evitarse solo influyendo o guiando el comportamiento de la mujer durante el embarazo, para que pueda adoptar la decisión de abortar o no antes del transcurso del plazo legalmente fijado. La única manera de prevenirlo, cuando hablamos de la falta de capacidad parental, es actuar antes de que la concepción del niño haya tenido lugar, interviniendo en el proceso de acceso a las TRA.

Evidentemente, resulta un tanto arriesgado hablar en nuestro Derecho del “interés del menor por nacer” y cuáles serían los parámetros que se deberían tener en cuenta, por cuanto, en primer lugar, estamos hablando de un “interés” que ni siquiera tiene un reconocimiento legal expreso, tan solo lo podría tener por la vía de una interpretación extensiva, entendiéndolo incluido en el concepto jurídico indeterminado de “interés superior del menor”. Además, puede entrar en conflicto con el pretendido “derecho a procrear” de los solicitantes de las TRA. Y, como es sabido, en caso de conflicto, resulta relevante la existencia de normas que apoyen la prevalencia de uno de los principios o intereses en pugna. En segundo lugar, habría que concretar qué cabe entender por bienestar o “interés del menor por nacer”.

Para resolver las dudas suscitadas, juega un papel primordial la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha modificado los arts. 2 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incorporando a nuestro sistema ciertos elementos de objetivación que facilitan la concreción práctica del principio general del “interés superior del menor”.

En este sentido, se define el “interés superior del menor” desde un contenido triple: como derecho sustantivo (art. 2.1 y 4 LOPJM), como principio jurídico interpretativo fundamental (art. 2.2 y 3 LOPJM) y como norma de procedimiento (art. 2.5 LOPJM). De tal suerte que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le atañe, “su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en

el ámbito público como privado”, tanto si se trata de normas contenidas en la LOPJM, como si se trata de otras normas que le afecten (art. 2.1 LOPJM)⁴³.

En el caso de que haya otros intereses legítimos en presencia junto al interés del menor, estos también se respetarán a la hora de llegar a una solución y si no se pueden respetar todos los intereses legítimos en juego: “deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados” (art. 2.4 LOPJM).

Al principio de este trabajo señalábamos que, de los diversos textos internacionales donde se reconoce el derecho básico de todas las parejas e individuos a fundar una familia, no se deriva un derecho fundamental a recurrir a cualquier medio de reproducción asistida en caso de esterilidad. Estamos ante un derecho de configuración legal donde pueden converger distintos intereses, tanto individuales como también generales, pues son aspectos que entran de lleno en el ámbito del Derecho de familia.

Otros aspectos a considerar en el debate suscitado, tienen que ver con que la protección del menor en un estado previo a su nacimiento. Esta protección viene reconocida por el Tribunal Constitucional, que entiende que el “nasciturus” es un “bien jurídico” objeto de protección al amparo del art. 15 CE [F] 7.º y 13.º STC 53/1985 11 abril (RTC 1985, 53)]. También se contempla en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), según el cual: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Nuestro Código civil por su parte señala en el art. 29 que “al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”, incluyendo en este ámbito de protección, según mantiene la doctrina, al embrión “in vitro” no implantado⁴⁴. Incluso una de las novedades que incorpora a la LOPJM la Ley 26/2015 de

43 Nuestra legislación sigue aquí la Observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas, que considera que el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”. Para un mayor conocimiento del principio de “interés superior del menor”, *vid.* FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *La determinación*, cit., pp. 33 y ss.

44 Así, FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGrawHill, Madrid, 1999, pp. 272-273.

protección a la infancia y a la adolescencia, es la protección del menor por nacer a través de la intervención por parte de la administración pública competente en situaciones de posible riesgo prenatal (como la falta de cuidado físico de la madre gestante, el consumo abusivo de sustancias tóxicas o de alcohol, así como cualquier otra acción que pueda perjudicar su desarrollo normal), a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de riesgo o desamparo del recién nacido (art. 17.9 LOPJM)⁴⁵.

Precisamente de las situaciones de desamparo (art. 172 CC) y acogimiento de menores (arts. 172 ter-173 bis CC), de los casos en los que se puede privar a los padres de la patria potestad sobre sus hijos por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC) o al padre maltratador suspenderle en el ejercicio de esta potestad (art. 65 LOVG), se constata que en nuestro ordenamiento el derecho de los padres biológicos sobre sus hijos no es reconocido como principio absoluto y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante.

Así lo evidencia la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, recogida entre otras en la STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581), cuando afirma que: “Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el del interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor” (FD 6.º)⁴⁶.

A la vista de todas las reflexiones realizadas, esto es: i) no existe un derecho fundamental al acceso a las TRA sin límites y sin condiciones; ii) los médicos tienen la obligación legal (y también ética) de no causar daño ni a la mujer usuaria de las TRA ni a su descendencia (art. 3.1 LTRHA); iii) el ordenamiento adelanta la protección del menor a momentos anteriores a su nacimiento (art. 29 CC); iv) el derecho de los padres biológicos sobre sus hijos no es reconocido como principio absoluto (ni legal ni jurisprudencialmente), podemos concluir que sería posible y deseable la consideración del bienestar del menor por nacer como un “interés”

45 Para un mayor conocimiento sobre este tema *vid.* BARCELÓ DOMÈNECH, J.: “Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, p. 187, quien también mantiene la posibilidad, en ausencia de disposición expresa, de poder declarar el desamparo, antes de producirse el nacimiento, de forma preventiva en virtud de la protección que ofrece el art. 29 CC al “nasciturus” (pp. 192-193).

46 Seguida por las SSTS 6 febrero 2012 (RJ 2012, 4522), 2 diciembre 2015 (RJ 2016, 117), 17 marzo 2016 (RJ 2016, 1132), 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 6271) y 14 febrero 2018 (RJ 2018, 452).

más a valorar en el acceso de las personas a las técnicas de reproducción asistida (como existe en otras formas de filiación como la adoptiva).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Las crecientes posibilidades de influir y controlar la reproducción humana a través de las TRA, motivan que la vida futura sea un tema urgente para el pensamiento jurídico. Ahora que tener hijos se ha convertido en una cuestión de elección personal más que de azar, tenemos que asumir la responsabilidad de nuestras decisiones procreativas. Esto significa que no podemos ignorar al menor por nacer en el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Para concretar un poco más qué podemos entender por bienestar del menor por nacer, como “interés” a valorar en estos casos, podemos acudir a lo dispuesto en el art. 2.2 LOPJM. Entre otros criterios se debería tener en cuenta, en línea de principios, si la madre o padres de intención pueden satisfacer las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas; y si la vida y desarrollo del futuro menor puede tener lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

La apreciación sobre las condiciones más adecuadas para ser madre o padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos, velando así por “el interés del menor por nacer”, podría pasar por atender a la información que puedan tener los médicos del examen de la mujer; pero también de informes y exámenes complementarios, como la existencia de procedimientos administrativos o sentencias, que lleven a pensar en una incapacidad para cuidar a cualquier niño, o un historial médico de abuso de drogas o alcohol. Asimismo, deberán escuchar a la familia y a las personas de su entorno, como ocurre en Reino Unido.

Evidentemente, se trataría de una valoración individual, caso a caso, y por un equipo multidisciplinar que tenga en cuenta la salud física y psíquica de la madre, y en su caso de la pareja de la madre (cualquiera que sea su sexo), las condiciones del futuro hijo y la necesidad de medidas de apoyo en el caso de personas con discapacidad.

En el momento actual la decisión sobre la realización o no del tratamiento de reproducción asistida queda en la mayor parte de las veces únicamente en manos del médico que lo va a practicar, sin que exista un equipo multidisciplinar que pueda hacer una valoración adecuada de los distintos casos. De manera que sería recomendable establecer un protocolo normativo que introdujera la ayuda de

expertos en la toma de las decisiones reproductivas y donde se pondere en ellos el “interés del menor por nacer”⁴⁷.

⁴⁷ Como plantea para pacientes con enfermedades psiquiátricas la Dra. M. FRANCA, en el bog del Colegio de Médicos de Bizkaia (disponible en: <http://deontologia.cmb.eus/2016/05/tecnicas-de-reproduccion-asistida-en.html> (fecha de la consulta 19/04/2020)).

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J.: *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada, 2009.

ALKORTA IDIAKEZ, I.: "Nuevos límites del derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución*, 2006, núm. 20, pp. 9-61.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 180-197.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: "La creciente ampliación del margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: análisis crítico y bases para su reducción", *RJUAM*, 2017-I, núm. 35, pp. 45-72.

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)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, vol. 4, núm. 1, pp. 301-340.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario jurídico a los apdos. 1,3 y 4 del art. 3 LTRHA", en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y C. OCHOA MARIETA y coord. por O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2007.

FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización", en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), *Boletín del Ministerio de Justicia*, Monográfico, 2015 (junio), núm. 2179, pp. 175-202.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia*", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 93-111.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGrawHill, Madrid, 1999.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *La determinación de la filiación "en interés del menor". "Turismo reproductivo" y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019.

FERRER RIBA, J.: "Derechos de reproducción, vínculos familiares y clonación", *Revista de Occidente*, 1999, núm. 214, pp. 69-86.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "Consentimiento y edad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI* (dir. por S. TAMAYO HAYA), Comares, Granada, 2015, pp. 17-32.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.: "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada", *REDS*, 2018, núm. 12, pp. 42-54.

MEDINA, G.: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014 (agosto), núm. 1, pp. 53-58.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "Los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad", *Revista de Derecho Privado*, 2019, núm. 5, pp. 3-46.

ROMEO CASABONA, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

RUIZ-RICO RUIZ, G.: "La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada", *Revista de Derecho Político*, 2017 (mayo-agosto), núm. 99 pp. 49-78.

SERNA MEROÑO, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, 2012 (enero-diciembre), núm. 26, pp. 273-307.

TEN HAAF, L.: "Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of two Subject-Oriented Approaches--the Subject of Rights and the Subject of Interests", *German Law Journal*, 2017, vol. 18, núm. 5, pp. 1091-1120.

VAN BEERS, B.: "The Changing Nature of Law's Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person", *German Law Journal*, 2017, vol.18, núm. 3, pp. 559-594.

VAQUER PINTO, M.J.: "¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?", en AA.VV.: *Retos Actuales de la Filiación* (coord. por R. BARBER CÁRCAMO, S. QUICIOS MOLINA y R. VERDERA SERVER), Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 229-268.

