

Advances often go beyond the classic thoughts of Law, new discoveries and the development of new techniques fundamental aspects of human existence and the future species. So the law and legal operators cannot stand still with the challenges posed by new discoveries and es, especially applied to humans. In this book the reader many works that examine these challenges, which arise to constitutionalism, and in particular to the rights of idual, intense debates, sometimes difficult to reconcile moral, but that cannot be ignored in the law.

RI  
O



REAL COLECCION DE ESPAÑA



EMBAJADA DE ESPAÑA  
EN ITALIA

C.M.: 10560

ISBN 978-84-8014-555-5



9 788490 145555

MASTER OFICIAL  
DERECHO  
BIOTICA  
SALUD

o de Excelencia SEI-09266  
nta de Andalucía  
a la salud y al medio ambiente  
ad del riesgo y la innovación"

**Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia**  
Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo: Vita e Scienza  
Challenges of individual rights in the XXI century: Life and Science

Antonio Pérez Miras  
Germán Manuel Teruel Lozano  
Edoardo Carlo Raffotta  
(Directores)

**Desafíos para los derechos de la persona  
ante el siglo XXI: Vida y Ciencia**  
**Sfide per i diritti della persona nel XXI  
secolo: Vita e Scienza**  
**Challenges of individual rights in the XXI  
century: Life and Science**

THOMSON REUTERS  
ARANZADI

THOMSON REUTERS  
ARANZADI

**Desafíos para los derechos  
de la persona ante el siglo XXI:  
Vida y Ciencia**

**Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo:  
Vita e Scienza**

**Challenges of individual rights in the XXI century:  
Life and Science**



«*Es nuestra hora. Hay que ser jóvenes y vencer*»

FEDERICO GARCÍA LORCA

«Federico García Lorca y la Tragedia». Entrevista (1934)

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.cedro.org](http://www.cedro.org); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited / Antonio Pérez Miras, Germán M. Ternel Lozano, Edoardo Carlo Raffoita (Dhrs.) y otros] Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-9014-555-5  
Depósito Legal: NA 927/2013  
*Printed in Spain. Impreso en España*  
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 - Pamplona

# SUMARIO

Página

PROLOGO .....	21
ANDREA MORRONE .....	
PRÓLOGO (TRADUCCIÓN) .....	27
PREFACIO .....	33

## SECCION/SEZIONE I MARCO INTRODUTTORIO QUESTIONI INTRODUTTIVE

1	
Vida, Ciencia y Constitución .....	39
ANTONIO PÉREZ MIRAS .....	
1. A modo de introducción .....	39
2. ¿Existe un concepto constitucional de la vida? .....	41
3. La incidencia de los avances científicos sobre la vida humana .....	50
4. Recapitulación .....	53
Bibliografía .....	53
2	
La vida. Apuntes metajurídicos, protección normativa y reflexión insf- losófica .....	55
FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN .....	
1. Proemio .....	55
2. Apuntes sobre la vida .....	56
3. Un apunte teológico .....	56
4. Un apunte filosófico .....	58
5. Un apunte ético .....	60
6. La vida y el Derecho .....	63
7. El derecho a la vida en el marco de los derechos humanos. Protección constitucional .....	64
8. Protección civil .....	65

	<u>Página</u>
9. Un intento de reflexión iusfilosófica .....	67
10. Eplólogo.....	69
3	
<b>Il diritto fra scienza e vita: problemi aperti e spunti di riflessione.....</b>	<b>71</b>
CATERINA DRIGO	
1. Riflessioni introduttive .....	71
2. Difficoltà e sfide per il giurista .....	72
3. (segue) spunti interpretativi offerti dalla giurisprudenza costituzionale italiana .....	76
4. Conclusioni .....	77
Bibliografia.....	79
4	
<b>Il concetto di persona tra bioetica e diritto.....</b>	<b>81</b>
SILVIA BAGNI	
1. Scopo e delimitazione della ricerca.....	81
2. Il personalismo in bioetica.....	82
3. Delimitazione del concetto giuridico di persona.....	83
4. Il concetto di persona nella giurisprudenza costituzionale su questioni bioetiche .....	86
5. Conclusioni .....	87
Bibliografia.....	89
5	
<b>Nuovi diritti e vecchie questioni .....</b>	<b>91</b>
ROBERTO BIN	
1. Classificazioni e ideologie.....	91
2. «Nuovi diritti», ma con poco diritto?.....	92
3. Il calcolo dei diritti.....	93
4. Nuovi diritti o vecchie libertà? .....	94
5. Chi garantisce i diritti? Il giudice.....	97
6. ... o la legge?.....	98
Bibliografia.....	100
6	
<b>I nuovi diritti tra corti nazionali e corti sovranazionali.....</b>	<b>103</b>
LUCA MEZZETTI	

	<u>Página</u>
7	
<b>Un moderno «habeas corpus»?.....</b>	<b>109</b>
AUGUSTO BARBERA	
1. I valori della persona nella Costituzione .....	109
2. Il diritto all'autodeterminazione .....	111
3. Una concezione radicale delle libertà .....	115
4. Una domanda di Dworkin.....	117
5. Una concezione «totalizzante» della Costituzione .....	118
Riferimenti bibliografici .....	119

## SECCION/SEZIONE II

### EN EL INICIO DE LA VIDA

#### INIZIO VITA

8	
<b>l'inizio della vita umana ed il sentiero stretto del legislatore.....</b>	<b>127</b>
STEPANO AGOSTA	
1. Le fluttuazioni della giurisprudenza ordinaria in tema di vita nascente...	127
2. (Segue): la maggiore stabilità esibita dalla giurisprudenza costituzionale in materia .....	130
3. Il «sentiero stretto» del legislatore nel bilanciamento dei valori in gioco..	132
Riferimenti bibliografici .....	134
9	
<b>La via procedurale alla regolamentazione della scienza: la disciplina della procreazione medicalmente assistita in prospettiva comparata.....</b>	<b>135</b>
SIMONE PENASA	
1. Tra scienza e diritto: per una classificazione basata sul quomodo dell'intervento legislativo.....	135
2. Tra legge e diritto: monopolio della legge o integrazione tra diversi strumenti di regolamentazione .....	136
3. Tra forma e sostanza: quali indici per la classificazione .....	137
4. Tra procedure e valori: diversità di approcci tra Italia e Spagna .....	138
5. «Law on the books» e «law in action»: analisi di adeguatezza ed effetti-vità dei modelli.....	140
6. Un dilemma analitico: come e quanto legiferare? .....	142

	Página		Página
Bibliografía .....	142	3. Contenido y límites del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español.....	180
10		4. Situación jurídica actual del contrato de gestación por sustitución en España.....	183
<b>La procreación medicalmente asistida al confín con l'eugenética.....</b>	<b>145</b>	5. Conclusiones.....	186
<b>PATRIZIO IVO D'ANDREA</b>		Bibliografía .....	187
11		14	
<b>Le limitazioni alla procreazione medicalmente assistita: ragionevoli scelte legislative o illegittime interferenze dello Stato?.....</b>	<b>155</b>	<b>El estatuto jurídico del embrión humano y el derecho al aborto en la Ley orgánica 2/2010 de interrupción voluntaria del embarazo.....</b>	<b>189</b>
<b>BENEDETTA VIMERCATI</b>		<b>JOSÉ MARÍA BERNAL LÓPEZ</b>	
<b>ALESSANDRA OSTI</b>		1. Introducción.....	189
1. Una breve premessa: esiste un diritto a procreare? .....	155	2. Vitalidad, humanidad y personalidad.....	190
2. Le limitazioni all'accesso alla PMA.....	157	3. El concepto jurídico de persona.....	191
3. Il limite dei tre embrioni e del contestuale impianto: un «vecchio» problema non del tutto risolto .....	158	4. La «Ley de plazos» 2/2010.....	193
4. Il divieto di eterologa: un «nuovo» problema al vaglio della Corte costituzionale.....	160	Bibliografía .....	194
5. Effetti sulle sentenze della Corte di Strasburgo in materia di PMA eterologa.....	161	15	
6. Il profilo della violazione dell'articolo 32: la PMA è trattamento sanitario? Riferimenti bibliografici .....	162	<b>El tratamiento del aborto en España: contextualización y desarrollo de la entrada en vigor de la ley orgánica 2/2010.....</b>	<b>197</b>
12		<b>MARÍA MARÍA AGUILAR CÁRCLES</b>	
<b>Fecundazione eterologa e diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche.....</b>	<b>167</b>	1. Consideraciones generales respecto al ilícito del aborto.....	197
<b>ELENA ORLANDI</b>		2. La Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional y la promulgación del Código Penal de 1995 .....	199
1. La questione della fecondazione eterologa nell'ordinamento costituzionale italiano. Spunti problematici.....	167	3. Regulación penal en España a partir de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo.....	202
2. La prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	169	4. Conclusiones.....	206
3. Il difficile bilanciamento dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento di fecondazione eterologa. Il diritto del minore a conoscere le proprie origini biologiche.....	171	Bibliografía .....	207
Bibliografía .....	175	16	
13		<b>Il contributo della giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola alla complessa definizione di una ragionevole disciplina sull'aborto.....</b>	<b>209</b>
<b>La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español.....</b>	<b>177</b>	<b>MARÍA PIA IADICICCO</b>	
<b>M<sup>a</sup> OLAYA GODOY VÁZQUEZ</b>		1. L'aborto come «caso límite del diritto».....	209
1. Consideraciones previas sobre la existencia y reconocimiento del derecho a la procreación.....	177	2. Le ragioni del comune, ma diverso, protagonismo giurisprudenziale.....	211
2. Fundamento jurídico del derecho a la procreación desde la perspectiva internacional.....	179	3. La legge n. 194 del 1978 al vaglio della Corte costituzionale italiana.....	213
12		4. La recente esperienza spagnola in materia di regolazione dell'aborto: «maggioranza che trovi, legge che vuoi» e ricorsi delle minoranze parlamentari al «Tribunal costituzionale».....	215
			13

Bibliografía .....	Página
	217

SECCION/SEZIONE III  
 CIENCIA Y SALUD  
 SCIENZA E SALUTE

17

La tutela internacional, comunitaria e costituzionale della libertà di  
 ricerca scientifica.....

FRANCESCA POLACCHINI

221

1. Rilievi preliminari di ordine terminologico..... 221
2. La tutela internazionale della libertà di ricerca scientifica..... 222
3. La tutela comunitaria della libertà di ricerca scientifica..... 223
4. La tutela costituzionale della libertà di ricerca scientifica ..... 224
5. I limiti alla libertà di ricerca scientifica ..... 227

Bibliografía.....

228

18

Il ruolo della componente tecnico-scientifica e della dimensione deon-  
 tologica tra le fonti del biodiritto .....

ELISABETTA PUJCE

231

1. La rilevanza della componente tecnico-scientifica..... 231
2. La specificità della dimensione deontologica e le incoerenze dell'ordina-  
 mento italiano..... 232
3. Alcune riflessioni conclusive..... 236

Bibliografía.....

238

19

Superación del paradigma psico-moral en las consideraciones sobre la  
 dignidad y la identidad: el conceptualismo legal en el tratamiento del  
 material genético humano .....

MARÍA LAGE COTELLO

239

1. Introducción..... 239
2. Derecho a la vida: el ser humano y su tratamiento legal ..... 240
3. Tres aspectos de la dignidad y la identidad humana: legal, moral y social  
 Restricciones legales y morales en la práctica biomédica ..... 242
4. Restricciones legales y morales en la práctica biomédica ..... 244
5. Conclusiones: superación del paradigma psico-moral sobre el conceptua-  
 lismo legal del ser humano..... 245

14

Bibliografía .....	Página
	246

20  
**Iperrofia di una scienza: «geneticizzazione» dei diritti?**..... 249

MARTA TOMASI

1. Medicalizzazione, biomedicalizzazione e geneticizzazione ..... 249
2. Il complesso rapporto fra diritto scienza e l'ancor più complesso rapporto  
 fra diritto e genetica ..... 250
3. Multidimensionalità della materia ..... 251
4. Dati sanitari e dati genetici: ragioni di specificità..... 253
5. Alcune conclusioni ..... 256

Bibliografía.....

256

21

**Reflexiones sobre la participación de voluntarios en la investigación**..... 259

YOLANDA GÓMEZ SANCHEZ

1. Derecho a la investigación y estatuto de los voluntarios..... 259
2. Riesgo/beneficio, libertad personal y gratitud ..... 264
3. La regulación sobre la participación de voluntarios en la investigación  
 biomédica y en los ensayos clínicos..... 268

Bibliografía.....

273

22

**Un nuevo desafío para el derecho a la protección de la salud: el acceso  
 al medicamento en España de los pacientes con enfermedades raras**..... 275

RAPHEL BARRANCO VELA

1. A modo de introducción: La importancia de los conceptos en el mundo  
 del Derecho y la salud pública. Los conceptos jurídicos de «medicamento  
 huérfano» y «enfermedad rara»..... 275
2. Las medidas de estímulo en pro de los medicamentos huérfanos y de los  
 pacientes con enfermedades raras adoptadas por el Estado español..... 278
3. A modo de corolario: Problemas aún por resolver en materia de acceso  
 al medicamento huérfano y perspectivas de futuro..... 282

Bibliografía consultada.....

283

23

**Biobanche e diritti fondamentali: un fenomeno da diagnosticare. Italia  
 e Spagna a confronto**..... 285

MARIA GRAZIA MICLAZZO

1. Aspetti problematici in un'ottica di tutela dei diritti umani. Analisi in  
 prospettiva legislativa comparata..... 285

15

- e altri versus Austria), in *wurwufornucostituzionale.it*, 2 dicembre 2011, pp. 1-7.
- GRASSO L., ROBERTI M., *In tema di rapporti tra l'istituto dell'adozione e la procreazione artificiale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1987, n. 3-4, pp. 1263-1273.
- MARELLA M. R., *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contorni e prospettive*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, nn. 8-9, pp. 1768-1773.
- NICOLUSSI A., *Fecundazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *wurw.rivistaital.it*, 2012, n. 1, pp. 1-18.
- NICOTRA I., *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, n. 4, pp. 795-797.
- RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri «conseguenziali» e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anonima restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *wurw.giurcost.org*, 2012, pp. 1-5.
- SESTA M., *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, n. 11, pp. 1404-1409.
- TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *AAVV, Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Atti del Convegno di Verona 2-3-4 e 25 ottobre 1986, Padova, Cedam, 1987, pp. 3-25.
- TRAPODINA C., *Studi sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Diritto pubblico*, 2004, n. 2, pp. 501-548.
- VERONESI P., *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, n. 3, pp. 523-554.

## La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español

M<sup>a</sup> OLAYA GODOY VÁZQUEZ  
*Abogada. Profesora Asociada, Universidad de Vigo*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA EXISTENCIA Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN. 2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL. 3. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 4. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA EXISTENCIA Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN

La primera formulación expresa acerca de los «derechos reproductivos» tuvo lugar en los debates de la «Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo<sup>1</sup>», celebrada en El Cairo en 1994. Allí se afirmó que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos, admitidos en leyes nacionales y en documentos internacionales, que se basan en el reconocimiento del derecho de las parejas y de los individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener y el espaciamiento de sus nacimientos; y, en el derecho a tener libre acceso a la información y a los medios necesarios para lograrlo, en clara alusión a los métodos anticonceptivos y a las técnicas de reproducción asistida<sup>2</sup>.

En esta misma línea argumental se desarrolló la «IV Conferencia Mundial de la Mujer<sup>3</sup>» celebrada en Beijing en 1995, que fue más allá en sus conclusiones al identificar el fortalecimiento del papel de la mujer en la sociedad con el ejercicio individual de sus derechos reproductivos<sup>4</sup>, y reaffirmar dos aspectos: que los derechos humanos de la mujer engloban su derecho a tener el control sobre todas las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su capacidad re-

1. ICPD [*wurw.un.dp.org/popint/icpd2.htm*] A/CONF.171/13.

2. Cfr. ICPD - A/CONF.171/13, p. 35, e ICW [*wurw.un.dp.org/fwcw/fwcw2.htm*] A/CONF.177/20, p. 39.

3. ICW [*wurw.un.dp.org/fwcw/fwcw2.htm*] A/CONF.177/20.

4. Declaración de Beijing, párrafo 17, ICW [*wurw.un.dp.org/fwcw/fwcw2.htm*] A/CONF.177/20.

productiva, y que el derecho a la procreación consiste en decidir libre y responsablemente el número de hijos que se desea tener, el espaciamiento de sus nacimientos, y en disponer de la información y de los medios necesarios para lograrlo.

Con base en los argumentos defendidos en ambas Conferencias se puede concluir que integrarían la categoría de derechos reproductivos<sup>5</sup>: el derecho al aborto; el derecho a la procreación mediante el libre recurso a las técnicas de reproducción asistida sin cortapisa legal alguna; el derecho al libre acceso a los métodos anticonceptivos; y el derecho a la esterilización. El ejercicio de estos derechos partiría de un denominador común: el derecho de cada persona a controlar y regular su propia fertilidad sin más límites que los establecidos por la tecnología biomédica.

Las Declaraciones y los Programas de Acción de las referidas Conferencias tuvieron gran repercusión, no obstante, en sentido estricto, ha de constatarse que ni los Textos Internacionales ni la Constitución Española reconocen explícitamente un derecho a la procreación como tal, propugnando, tan sólo, el derecho que el hombre y la mujer tienen a fundar una familia<sup>6</sup>. Distinta lectura realizó el legislador español al regular por primera vez las técnicas de reproducción humana asistida<sup>7</sup>. Así, frente al legítimo deseo de fundar una familia y tener hijos, consagró abiertamente el reconocimiento explícito de un derecho a la procreación controlado y ejercido por cada mujer de forma individual<sup>8</sup>. La propia norma resultó muy clarificadora al establecer, en su Exposición de Motivos, que «no considera necesario abarcar las múltiples implicaciones que pueden derivarse de la aplicación de estas técnicas» y reconocer que el objetivo de se pretende es «eliminar cualquier límite que socave la voluntad de procrear de la mujer<sup>9</sup>». Con este cambio de criterio, que se produce en tan sólo una década, se tambalearon pilares básicos del ordenamiento español como el concepto de familia<sup>10</sup> y el principio de veracidad biológica<sup>11</sup>, y se inició un debate acerca de si el ejercicio individualizado del derecho a la procreación, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, podría vulnerar la dignidad y los derechos de la persona del hijo.

5. Sobre la definición y contenido de los derechos reproductivos *in vitro*, VEGA GURIBERRIZ, 1998, p. 19.
6. La Constitución Española no recoge en su articulado «el derecho a fundar una familia». No obstante, Romeo CASABONA defiende que la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Española reconoce, debe realizarse al amparo de lo previsto en el artículo 10.2 de la misma, que proclama el efecto integrador de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España. En este sentido el artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 12 del Convenio Europeo y el artículo 23.2 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos «se elevan como filtros interpretativos del alcance (en este caso extensivo) de los derechos familiares y como fundamento del derecho constitucional a fundar una familia». (ROMEO CASABONA, 1994, p. 121).
7. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 282 de 24 de noviembre de 1988.
8. GÓMEZ SÁNCHEZ, 1994, p. 112 defende «la absoluta idoneidad de la mujer sola para ser sujeto del derecho a la reproducción mediante estas nuevas técnicas».
9. Al efecto se autorizó la fecundación heteróloga (artículo 5), se permitió el acceso a la mujer sola (artículo 6), y se consintió la fecundación *post mortem*, restringiendo los efectos de la relación parentofiliat a los casos legalmente previstos (artículo 9).
10. VILA SARRICIA, 1994, p. 88 y ss.
11. Cf. PÉREZ MONCE, 1995, p. 69; VIDAL MARTÍNEZ, 1988, p. 63; MARTÍNEZ CALCERRADA, 1989, p. 126; y VILA-CORCO, 1992, p. 3911.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida representa, hasta la fecha, el punto final de la evolución normativa en la materia a nivel legal, y tiene como objetivos centrales la derogación de la limitación de producir un máximo de tres ovocitos por cada ciclo reproductivo<sup>12</sup>, la delimitación del concepto de «preembrión», definiéndolo como el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde (artículo 1.2); y la regulación del tratamiento de los gametos y preembriones (artículo 11) que pasan a ser considerados como «material genético» susceptible de donación para todas las finalidades reproductivas y terapéuticas permitidas por el ordenamiento jurídico.

## 2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Tras analizar los distintos textos que se pronuncian al respecto puede constatar que tanto la legislación internacional, como el ordenamiento comunitario, como numerosos Estados nacionales, carecen de una ordenación completa y específica que acoja y resuelva las principales cuestiones que suscitan las técnicas de reproducción asistida. Frente a esta situación general de vacío normativo es una realidad indiscutible que, con mayor o menor acierto, el ordenamiento jurídico español caminó por delante al establecer en el año 1988, las bases para desarrollar una legislación amplia y específica reguladora de la aplicación y desarrollo de las técnicas de reproducción artificial.

Esta circunstancia resulta digna de mención si tenemos en cuenta que a pesar de la gran actividad desplegada por el Consejo y el Parlamento de Europa, que han elaborado una amplia variedad de documentos<sup>13</sup>, no existe en la Unión Europea una política común consensuada en materia de reproducción humana asistida<sup>14</sup>. La aproximación más cercana nos lleva a los pronunciamientos que se han realizado en torno a los aspectos bioéticos y biomédicos que deben regir estas técnicas; concretamente, a la Resolución del Parlamento Europeo sobre la fecundación artificial *in vitro* e *in vitro* de 16 de marzo de 1989<sup>15</sup>,

12. Limitación introducida por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre modificadora de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.
13. El Consejo de Europa ha dedicado continuados esfuerzos a esta materia, empezando en 1979 con un *Proyecto de Recomendación sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial*; el Comité *Ad Hoc* de Expertos sobre Ciencias Biomédicas elaboró un *Proyecto de Recomendación relativa a la procreación artificial humana*, de 3 de octubre de 1988, que aunque todavía no se ha aprobado, ya ha sido difundido entre los Gobiernos de los Estados Miembros y otras instancias no gubernamentales; y el Parlamento Europeo aprobó, el 16 de marzo de 1989, una *Resolución sobre la fecundación artificial «in vitro» e «in vitro»*.
14. Tal y como expone M. PALACIOS, estos documentos «(...) tienen un carácter supranacional y son guía y orientación a una acción conjunta y lo más homogénea posible, tanto de las veintitrés naciones representadas en su Asamblea Parlamentaria como de otras no miembros, con la intención de situar la problemática resultante de la aplicación biomédica contemporánea en un nivel de correspondencia supranacional, superando actuaciones o legislaciones de entorno nacional más o menos diferenciado o no facilitador de un futuro derecho europeo homológico, y por ello posible fuente de dificultades de interpretación y de desvíos de usos a los países menos estrictos o con criterios divergentes». (PALACIOS, 1989, p. 32).
15. Texto Resolución sobre la fecundación artificial *in vitro* e *in vitro* de 16 de marzo de 1989, Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C 96/171 de 17 de abril de 1989.

instrumento dirigido a los Estados miembros que no ha sido suficiente para lograr la armonización de las legislaciones nacionales.

A este respecto, se observa una gran disparidad en los criterios legislativos adoptados por los distintos Estados.<sup>16</sup> Así la ley noruega, restringe el ámbito de aplicación al matrimonio legal, y prohíbe expresamente la donación de embriones y la experimentación embrionaria; la ley alemana, prohíbe la experimentación con embriones, y la fecundación *post mortem*; la ley sueca, limita el acceso a las técnicas a la pareja heterosexual estable, prohíbe la inseminación *post mortem*, y niega el derecho del donante de semen al anonimato. Más permisiva se presenta la ordenación española que admite la fecundación heteróloga, *post mortem*, defiende el anonimato de los donantes, y contempla la clonación de embriones humanos «con fines terapéuticos».<sup>17</sup>

A la vista de esta situación parece incomprensible que no haya aflorado, hasta el momento, ningún instrumento que vincule a los Estados miembros exigiéndoles no un mero compromiso de observancia sino una completa receptividad legislativa. En este sentido resulta significativo el silencio que sobre el tema guarda el Convenio Europeo sobre Biomedicina y protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano<sup>18</sup> aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997, que se pronuncia sobre prácticas derivadas de la aplicación de estas técnicas, como la clonación o la selección del sexo, pero que no aborda directamente la utilización ni la regulación de las mismas, limitándose a anticipar la posibilidad de elaborar, en esta materia, algún Protocolo. Continúa pendiente, por tanto, la adopción de una política comunitaria uniforme en materia de reproducción artificial que exponga unos principios comunes de actuación que permitan dar una respuesta homogénea a las necesidades suscitadas por la evolución de la técnica médica y de la sociedad, e imponga un marco legal adecuado en el que se regule la aplicación de estas técnicas superando las diferencias de los criterios nacionales y evitando los abusos que pudieran darse mediante el desvío de usos e investigaciones hacia otros países menos estrictos o con criterios divergentes.<sup>19</sup>

### 3. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como se ha señalado con anterioridad la voluntad del legislador español

16. Cf. VEGA, VEGA y MARTÍN BAZA, 1995, p. 46.
17. La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica autoriza en su artículo 33.2 «la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear». Procede destacar que el Parlamento Europeo que, prontamente, aprobó, en una sesión plenaria, una Resolución el 12 de septiembre de 2000 en la que consideró la clonación humana con fines terapéuticos «contraria al respeto y a la dignidad humana» al estimar que no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos.
18. Texto Convenio sobre Biomedicina y Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, de 4 de abril de 1997, Boletín Oficial del Estado número 20639 de 20 de octubre de 1999.
19. Un claro ejemplo de estas desviaciones lo estaría protagonizando actualmente el Estado alemán que profunde la experimentación embrionaria pero permite la importación de embriones extraños para la investigación.

en materia de reproducción humana asistida ha sido eliminar cualquier límite que socave la voluntad de procrear de la mujer. Resulta por tanto necesario valorar el encaje que esta regulación tiene en la articulación de nuestro sistema jurídico, que exige que las normas sean respetuosas con los Principios Generales del Derecho y no contravengan otras de rango superior. Una correcta valoración de esta incidencia requiere distinguir dos aspectos: en primer lugar, que con el recurso a estas técnicas se persiga o no una finalidad de carácter terapéutico; y, en segundo lugar, que en el proceso generativo intervengan o no, terceros ajenos a la pareja.

En relación al primero de los aspectos es necesario distinguir dos supuestos susceptibles de distinta valoración: en primer lugar, el caso de la pareja estéril que acude a estas técnicas para superar su incapacidad de tener hijos; y, en segundo lugar, los supuestos de fecundación de mujer sola y de fecundación *post mortem*. En el primero de los casos nos encontramos ante el ejercicio del derecho que toda pareja tiene a fundar y ampliar su familia mediante el recurso a la técnica biomédica, derecho amparado internacional y constitucionalmente.<sup>20</sup> El segundo de los casos presenta dos claros ejemplos del ejercicio de un derecho absoluto, ilimitado, e individual a la procreación, que se ha concedido a la mujer española en aras de una presunta defensa de su libertad, igualdad, y desarrollo de su libre personalidad.<sup>21</sup> A este respecto conviene precisar que la previsión legal de la fecundación *post mortem* resultó especialmente crítica por ser antinatural; porque se aparta definitivamente de toda finalidad terapéutica, buscando satisfacer exclusivamente el interés personal de la mujer; porque condena al hijo a una «orfanidad legal deliberada»; y porque se considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre implica de forma inherente, el ejercicio desorbitado del derecho al libre desarrollo de la personalidad del fallecido, derecho que, en cuanto tal, se habría extinguido con la muerte del titular. En esta línea, la mayor parte de las construcciones doctrinales<sup>22</sup> defienden que la esterilidad debería haber sido establecida como requisito necesario para permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida.<sup>23</sup>

Más difícil de conciliar con una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento se presenta el segundo de los aspectos: la reproducción artificial llevada a cabo mediante la colaboración de donantes de gametos. Ni la legislación de 1988 ni la actual fundamentan la presencia de los donantes, limitándose a

20. ROMEO CASABONA defiende el derecho a la procreación (tanto natural como asistida) como presupuesto necesario para ejercer el derecho a fundar una familia, no obstante, rechaza un ejercicio absoluto e ilimitado del mismo (ROMEO CASABONA, 1994, p. 119 y ss.).
21. Giandomenico MILAN define el derecho a procrear como «un derecho de libertad, constitucionalmente reconocido y garantizado, traducible en una pretensión de contenido negativo frente al Estado, reivindicativa de la exclusión de su injerencia en un ámbito tan particular de la esfera privada como es el de la generación, ámbito reservado a la dinámica de la libertad de los interesados, en el ejercicio del cual pueden encontrarse límites justificados por la necesidad de exigencias de carácter público». (MILAN, 1997, p. 89).
22. Cf. MARTÍNEZ-CALCERRADA, 1989, p. 45; VEGA, VEGA; MARTÍNEZ BAZA, 1995, p. 62; VIDAL MARTÍNEZ; BENTRIZ ORTUZAR; VEGA GUTIERREZ, 1998, p. 72; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 1986, p. 480; y VILA-CORO, 1992, p. 3905.
23. En este mismo sentido se ha pronunciado la Resolución Europea sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*, que establece literalmente que «el respeto por los derechos e intereses del hijo exige que la fecundación artificial persiga un fin exclusivamente terapéutico».

considerarla necesaria para garantizar el acceso de las mujeres a la maternidad preservando su derecho a la igualdad<sup>24</sup>. Resulta contradictorio, a este respecto, que defendiendo la igualdad de todas las mujeres a tener hijos, se admita la intervención de donantes de gametos y, por el contrario, se continúe rechazando la gestación de sustitución, puesto que al mantener este criterio la propia Ley estaría discriminando a aquellas mujeres con óvulos fértiles que desean tener un hijo genéticamente propio careciesen de capacidad gestativa. Los argumentos utilizados para descartar la maternidad de sustitución (al entender que todo contrato sobre gestación de sustitución es siempre nulo de pleno derecho por ilicitud del objeto -*extra commercium*-) resultarían perfectamente aplicables para prohibir o restringir la donación de gametos (puesto que los gametos se encuentran también *extra commercium*<sup>25</sup>) y, a la inversa, los motivos esgrimidos para justificar la donación de gametos (al considerarla necesaria para garantizar el acceso de las mujeres a la maternidad respetando su derecho a la igualdad) podrían utilizarse para sustentar la validez del convenio de subrogación uterina<sup>26</sup>.

Tampoco parece muy acertada la regulación establecida respecto de los donantes y, en especial, la defensa de su anonimato (artículo 5 en ambas normas). Esta solución fue abiertamente criticada<sup>27</sup> por entender que podría contravenir los principios rectores del derecho de familia y de filiación al resultar contraria al espíritu del artículo 39 de la Constitución, especialmente en los casos de fecundación de mujer sola, puesto que impide al hijo nacido de forma artificial el acceso a su identidad genética, con todas las secuelas psicológicas, sociales y económicas que de ello pudieran derivarse. Sobre esta cuestión tuvo que pronunciarse el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 de junio de 1999<sup>28</sup>, que para justificar la constitucionalidad del anonimato utilizó tres argumentos: un razonamiento meramente utilitario, al afirmar que el anonimato de los donantes «facilita su intervención y, por tanto, favorece el acceso a estas técnicas»; una interpretación restrictiva del precepto constitucional alegando, que el artículo 39 de la Constitución ordena al legislador que posibilite la

investigación de la paternidad, «lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación de la identidad de su progenitor, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen»; y en último término un recurso formal al afirmar que la regulación «no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad», puesto que la propia Ley permite, de manera excepcional, y «en circunstancias extraordinarias»<sup>29</sup>, el acceso a la identidad de los donantes. Los argumentos defendidos por el Alto Tribunal fueron severamente contestados por la doctrina<sup>30</sup> al entenderse que no coinciden, ni en su espíritu ni en su letra, con lo que prevé la norma constitucional.

#### 4. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

En términos de *iure cónclito*, el artículo 10 de la Ley 14/2006, cuya redacción se corresponde con la del artículo 10 de la derogada Ley 35/1988<sup>31</sup>, prohíbe expresamente el recurso a la maternidad subrogada, calificando la infracción de convenir una gestación de sustitución como ilícito civil y declarando nula la renuncia a la maternidad que revela el parto. No obstante, está permitida la inscripción registral y reconocimiento de filiación determinada conforme a legislación extranjera que consistente el recurso a la subrogación uterina y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación formulada por la madre gestante, conforme a lo previsto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>32</sup>.

Sobre el contenido del convenio de maternidad subrogada se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011<sup>33</sup>, indicando que «consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consistente en llevar a cabo una gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no sus propios óvulos, con el compromiso de entregar el hijo así nacido a la parte comitente, que podrá ser una persona sola o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez habrán aportado o no sus propios gametos». La propia Sentencia sintetiza las principales razones que determinaron que el legislador español no autorizase el recurso a esta téc-

24. Preámbulo Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida.
25. En este mismo sentido se pronuncia VILA-CORO que defiende «la existencia de una gran analogía entre el contrato de alquiler de úteros y el contrato de inseminación/fecundación de la mujer sola argumentando que si el primero debe ser considerado nulo de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil; el segundo también puesto que, por ende, los gametos son también *extra commercium* por tener un carácter transpersonal o suprapersonal (...)» (VILA-CORO, 1992, p. 3912).
26. Al respecto de la intervención de donantes de gametos ha de señalarse que el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la fecundación artificial *in vitro* e *in vitro* detenta su restricción al afirmar que «la conciliencia entre paternidad y maternidad biológica, afectiva y legal suponen una gran ventaja para el hijo y determinan, por tanto, el rechazo de la fecundación artificial heteróloga, que solo será admitida en estrictas condiciones y tras la existencia comprobada de esterilidad insuperable o diagnóstico de grave riesgo de malformaciones en el hijo naturalmente concebido».
27. Cf. VIDAL MARTÍNEZ, 1988, p. 43; VILA-CORO, 1992, p. 3930; PÉREZ MONCE, 1995, p. 74; y GÓMEZ SÁNCHEZ, 1994, p. 112.
28. Sentencia 116 de 17 de junio de 1999 del Pleno del Tribunal Constitucional, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 162, de 8 de julio de 1999. La referida Sentencia resolvió el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por sesenta y tres Diputados del Grupo Popular en febrero de 1989 contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. M. PALACIOS realiza un profundo análisis del contenido de este Recurso de Inconstitucionalidad en su obra PALACIOS, 1990.

29. Comprobado peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales.
30. Vid. DE DIRCO-LORA, C., *¿tendrá un varón/espermio?/MMA/FIMA, pres. HTMII*.
31. Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».
32. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 243 de 7 de octubre de 2010. La doctrina que ha comentado el contenido de esta Instrucción se muestra contraria a ella al considerar que está prestando cobertura administrativa a un «turismo reproductivo» que trata de eludir la aplicación de un precepto legal que claramente establece la nulidad del contrato de subrogación uterina. Vid. DÍAZ ROMERO, 2010, p. 1 y ss; VILA SÁNCHEZ, 2011, p. 1 y ss; y LASARTE ÁLVAREZ, 2012, p. 1 y ss.
33. Sentencia 826 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. Rec. 949/2011.

nica, reiterando que el respeto a la propia dignidad reconocido en el artículo 10 de la Constitución Española y el derecho a la integridad moral recogido en el artículo 15 de la misma norma, impiden que la persona humana pueda ser objeto del comercio de los hombres; que el artículo 39.2 de la misma norma proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; y que el artículo 1.275 del Código Civil impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. El contexto que determinó el pronunciamiento judicial es el que seguidamente se describe.

Dos varones españoles casados entre sí en Alboraya (Valencia) lograron, en virtud de Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los menores nacidos en virtud de convenio de gestación por sustitución mediante la presentación de los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad competente del Condado de San Diego en California (Estados Unidos). En los certificados ambos figuraban como padres de los nacidos. La citada Resolución permitió la inscripción solicitada amparándose en la existencia de una certificación registral extranjera que determinaba dicha filiación respecto de un padre español. A este respecto la Resolución argumenta que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe limitarse a comprobar que se trata de un documento público autorizado por una autoridad extranjera competente conforme a lo establecido en los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil<sup>34</sup>. Para motivar su posición la Resolución reforzó que la inscripción de esta filiación, derivada de un convenio de gestación por sustitución realizado por dos varones españoles legalmente casados, no vulneraba el orden público internacional español, «puesto que si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones naturales<sup>35</sup> y el ordenamiento jurídico español no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales<sup>36</sup>, los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales».

Impugnada esta Resolución por el Ministerio Fiscal, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Quince de los de Valencia, de 15 de septiembre de 2010<sup>37</sup> rechazó íntegramente la solución propuesta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, basándose en la indiscutible nulidad que el ordenamiento español otorga al convenio de gestación por sustitución que origina la filiación jurídica que se pretende inscribir<sup>38</sup>. Argumenta el Juzgador de Instancia que el criterio que resulta de aplicación es el que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil que exige un control de legalidad previo a la inscripción de la filiación consistente en verificar «que no haya duda de la

realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». En el supuesto aplicable, y de conformidad con la legislación española, la filiación jurídica de los hijos de españoles nacidos por convenio de maternidad subrogada siempre será determinada por el parto. Esto significa que la Ley española prohíbe expresamente que en los casos de gestación por sustitución la filiación se inscriba a favor de una persona distinta de la que lo ha parido; y puesto que el encargado del Registro Civil debe examinar la legalidad del certificado extranjero conforme a la Ley española, en este supuesto debe impedirse la inscripción. Con base en el argumento expuesto, el Juzgado estimó el recurso promovido por el Ministerio Fiscal y acordó la cancelación de la inscripción registrada.

La Sentencia fue recurrida en apelación invocando los recurrentes, entre otros, los fundamentos de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictada al efecto el 5 de octubre de 2010. La citada Instrucción autoriza la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la permita siempre que al menos uno de los progenitores sea español. La inscripción se sustentará en la existencia de una resolución judicial extranjera que determine la filiación jurídica respecto de un progenitor español. En su exposición de motivos, la Dirección General de los Registros y del Notariado indica que «la exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante». El objetivo de la misma es claro: fijar las bases para permitir inscribir en España la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución, si dicha filiación está determinada legalmente conforme a legislación extranjera a favor de un progenitor español. El recurso planteado fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011 conforme a los siguientes argumentos.

Tal y como expone la Sentencia de instancia la certificación registral californiana no supera el control de legalidad al resultar contraria al ordenamiento jurídico español, que declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución. No obstante, aun sin exigir que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español, la certificación registral californiana no supera el control de legalidad al infringir el orden público internacional español<sup>39</sup>.

Al respecto de la discriminación por razón de sexo invocada por los recu-

34. Al respecto la Dirección General de los Registros y del Notariado defendió que el encargo del Registro Civil español no determina la filiación jurídica conforme a nuestro Derecho sino que se limita a registrar una filiación determinada legalmente conforme a una legislación extranjera.

35. Ex artículo 44.2 del Código Civil, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

36. Ex artículo 108.2 del Código Civil.  
37. Sentencia 75 del Juzgado de Primera Instancia Número Quince de los de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Proc. Ordinario nº 188/2010.

38. Ex Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

39. Ex artículo 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que dispone que las ejecuciones tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes «(...) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España»; ex artículo 23 de la Ley 54/2007, de 26 de diciembre, de Adopción Internacional que establece que «(...) en ningún caso procederá la aplicación de una Ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan registrarse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se registrarán por el Derecho sustantivo español»; y ex artículo 34.1 del Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que establece que «(...) las decisiones no se reconocerán si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido».

rientes<sup>40</sup> la Audiencia Provincial concluye que la negación de la inscripción de la filiación, derivada de un convenio de gestación de sustitución suscrito a favor de dos varones legalmente casados, no implica «una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo» puesto que el hecho que impide el acceso al registro es la forma del alumbramiento y no el sexo de los solicitantes.

En último término se alegó por los recurrentes que el interés superior del menor aconseja la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el registro extranjero, pues, en caso contrario, los menores podrían quedar privados de filiación inscrita y tienen derecho a una identidad única. Al respecto argumenta la Sentencia que el principio fundamental de protección del interés superior del menor no puede servir de coartada para dar cabida a una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que nuestro ordenamiento declara nulo. La satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la Ley, máxime cuando la propia normativa española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados, como son la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, y la institución jurídica de la adopción regulada en los artículos 175 y ss. del Código Civil.

## 5. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto parece más sencillo defender un derecho a no procrear que un derecho a procrear, puesto que las parejas tienen más libertad y más medios para decidir «no tener hijos» que «para tenerlos»; especialmente, teniendo en cuenta que el derecho a la procreación no presenta un «contenido» definido, puesto que la facultad reproductiva, como acto fisiológico, es incontable, quedando totalmente fuera de la autonomía de la voluntad del sujeto y del Estado<sup>41</sup>. En todo caso, considerando que el «objeto» del derecho a procrear sería tener un hijo, no cabría amparar legalmente su ejercicio *per se* puesto que el hijo es en sí mismo sujeto de derechos<sup>42</sup> y ninguna persona puede ser jurídicamente debida a otra como si fuera un bien instrumental.

A este respecto, la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico constituye un gran reto para el Derecho Español. Concretamente parece imprescindible proponer una nueva orientación legislativa que tenga por objeto respetar siempre que el interés prioritario digno de protección en todo el proceso ha de ser el del menor. Y para lograrlo se perfilan como necesarias algunas modificaciones, entre las que cabe proponer la eliminación del anonimato del donante de gametos, arbitrando un sistema flexible que permita al hijo nacido artificialmente acceder a esa información siempre que lo desee y cuando tenga ma-

40. Invocando infracción del artículo 14 de la Constitución Española, en cuanto que en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 se permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres.

41. La procreación es un acto involuntario. No puede considerarse una consecuencia siempre obligada en toda relación sexual o en todo tratamiento de reproducción artificial.

42. «La obligación de los poderes públicos de velar por el bienestar del futuro hijo incluye la obligación de velar porque el hijo no tenga la consideración de objeto de un derecho subjetivo». (ROMERO CASABONA, 1994, p. 237).

dures suficiente para entenderlo<sup>43</sup>. Asimismo, por lo que respecta a la prohibición de la maternidad subrogada, único límite que continúa manteniendo el legislador español en el ámbito procreativo, ha de destacarse que la solución adoptada por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado es claramente contraria a la legislación vigente desde un punto de vista técnico y axiológico, al pretender admitir por vía reglamentaria lo que está claramente excluido por ley. La revisión de la prohibición de la gestación por sustitución es, por tanto, el gran problema de fondo que debe afrontar el ordenamiento, tal y como está ocurriendo ya en países de nuestro entorno<sup>44</sup>.

En todo caso cualquier reforma que se pretenda llevar a cabo deberá ir precedida de una profunda reflexión ética, moral y jurídica y, especialmente, deberá tener en cuenta que la legislación sobre reproducción humana asistida es la que va a servir de soporte para controlar el desarrollo de los nuevos y continuos avances en medicina reproductiva y biotecnología.

## BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ ROMERO, M.R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 7527, 14 de diciembre de 2010.
- GÓMEZ SANCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, n.º 7777, 17 de enero de 2012.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: *La nueva Inseminación Artificial*. Ed. Cersip, Madrid, 1989.
- MILAN, G.: *Aspetti giuridici della procreazione assistita*. Ed. Cedam, Padova, 1997.
- PALACIOS, M.: *Biología española y Consejo de Europa. analogías*. Ed. Stella, Gijón, 1989; y *Reproducción asistida: discurso y recurso*. Ed. Stella, Gijón, 1990.
- PÉREZ MONCE, M.: «El anonimato del dador en las técnicas de reproducción asistida». *Cuadernos de Bioética*, 1/1995.
- ROMERO CASABONA, C.M.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- SARACCA, E.: «La bioética hoy y la repercusión en el campo del matrimonio y de la familia». *Cuadernos de Bioética*, 17-18/1994.
- VELA SANCHEZ, A.J.: «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España», *Diario La Ley*, n.º 7621, 3 de mayo de 2011.
- «Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 53, diciembre 2011.
- «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir».
43. Tal y como está previsto en los supuestos de adopción y como recomendada la Resolución Europea sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro* que pondera, como criterio primario a tener en cuenta en los casos de fecundación heteróloga, «el derecho del hijo a conocer su identidad genética».
44. Sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución *vid.* VELA SANCHEZ, 2011.

rrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Diario La Ley*, n.º 7608, 11 de abril de 2011.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana*. Ed. Civitas, Madrid, 1988.

VILA-CORO BARRACHINA, M.D.: «La reproducción asistida en la mujer sola». *Revista General de Derecho*, mayo 1992.

## El estatuto jurídico del embrión humano y el derecho al aborto en la ley orgánica 2/2010 de interrupción voluntaria del embarazo

JOSÉ MARÍA BERNAL LÓPEZ

*Magister en Derecho Penitenciario y Penal. Universidad de Murcia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VITALIDAD, HUMANIDAD Y PERSONALIDAD. 3. EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA. 4. LA «LEY DE PLAZOS» 2/2010. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

Para reflexionar en torno a las cuestiones de diferente índole (ética, jurídica, política, etc.) que rodean el aborto provocado, como intervención técnica en el comienzo de la vida humana, se hace necesario determinar cuándo se inicia la misma.

La respuesta a este interrogante, que encierra la cuestión relativa al estatuto del embrión humano (esto es, si se trata de una persona, de una cosa o de un híbrido), constituye uno de los principales debates bioéticos en la actualidad.

La intención de esta comunicación no es despejar esa incógnita, pues se entiende que la demostración acerca de la personalidad del embrión resulta imposible (entre otros motivos, por la carga ideológica que suele estar presente en este terreno), sino ofrecer argumentos que demuestran la vinculación de la biología embrionaria como presupuesto necesario para la existencia de una persona. De manera tal, que el embrión disponga de una protección jurídica que respete al menos su dignidad como persona en potencia y proteja su derecho a la vida.

La línea argumentativa se ceñirá alrededor de la cuestión bioética referente al aborto de «embarazos no deseados», excluyéndose del ámbito de este escrito otras situaciones, que teniendo el común denominador del aborto, se entienden ya resueltas.

En particular, se analizará el criterio por el que opta la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproducción y de la interrupción voluntaria del embarazo*, en virtud del cual se permite el aborto hasta la semana catorce del embarazo. Con lo que se despenaliza esta situación y se crea un derecho para la madre gestante.