

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Enrico Pascucci de Ponte



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Enrico Pascucci de Ponte

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA*

Enrico Pascucci de Ponte**

RESUMEN: La reproducción humana puede estar proyectando en las técnicas de reproducción asistida su futuro; la esterilidad puede dejar de ser el único horizonte de aplicación de estas técnicas y pasar a un segundo plano. En la manipulación o alteración del genoma humano y en las posibilidades que ofrecen estas técnicas a ciertos colectivos de individuos, que reivindican su derecho a la reproducción, podemos hallar una, tal vez, inquietante ampliación del horizonte de aplicación de estas técnicas. Parece necesaria, por tanto, una reflexión sobre las consecuencias que esto puede tener en las relaciones entre padres e hijos.

PALABRAS CLAVE: Bioética, procreación, técnicas.

ABSTRACT: Human reproduction can be projecting its future in the contemporary techniques of human assisted reproduction; sterility is not any more the only horizon of application of these and it could slope to a second scene. In manipulating the human genome and in the possibilities that offers these techniques of human assisted reproduction to certain groups of individuals, who vindicate the right to reproduction, we can find a, perhaps, new disquieting area of application. It seems necessary, therefore, to think about the consequences that all this can have in the relations between parents and children.

KEY-WORDS: Bioethics, reproduction, techniques

SUMARIO: 1. Introducción.– 2. Las técnicas de reproducción asistida y los hijos «a la carta».– 3. Las técnicas de reproducción asistida y la procreación de parejas no heterosexuales. – 3.1. El derecho a la procreación y las parejas no heterosexuales. – 3.2. La maternidad subrogada. – 3.2.1. La maternidad subrogada y las clases de paternidad, maternidad y filiación.

1. Introducción

Las técnicas de reproducción asistida se han perfeccionado a lo largo de las décadas de los 80 y 90 del siglo XX con una finalidad clara y específica: combatir la esterilidad humana. Los avances científicos en esta materia

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2000.

** Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Estudios Sociales. Universidad Alfonso X el Sabio.

pretendieron, por tanto, ofrecer remedios eficaces contra las enfermedades o disfunciones reproductivas de los seres humanos¹.

Sin embargo, ya en los últimos años de la década de los 90 del siglo XX se puede apreciar, a mi entender, una cierta evolución en la mentalidad que anima la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. No hay duda de que la esterilidad humana seguirá estando en la base de las técnicas de reproducción asistida, pero lo más probable es que éstas amplíen su horizonte y aborden situaciones médicas, biológicas y sociales diferentes a las que impulsaron su aparición y desarrollo². Se trata, en suma, de una evolución que está íntimamente ligada a la evolución moral de la mentalidad occidental. A través de la más que previsible ampliación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se pondrán en evidencia los valores morales de la sociedad occidental que encara el siglo XXI³. En efecto, la concepción de la ética que se tenga a cada momento es lo que orienta la aplicación de los avances científicos y técnicos. No es la primera vez que la humanidad emplea descubrimientos científicos para fines muy distintos de los que motivaron las primeras investigaciones (pensemos, por ejemplo, en la energía atómica, durante las décadas de los 40 y 50 del siglo XX).

De acuerdo con los valores de la ética social predominante, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida encara finalidades distintas a la que animó las primeras investigaciones. Dos de estas nuevas tendencias serían

¹ Sin embargo, el origen histórico de estas técnicas es algo más remoto. Como explican José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez y J.M. Massigoge Benegiu, «parece ser que Thouret fue el primero en lograr la inseminación artificial corpórea conyugal (IAC) sobre 1785, y catorce años más tarde el inglés Hunter practicaría las técnicas de la IAC, pero hasta 1834 no nacería el primer niño por IAC corpórea. Es en 1866 cuando Pancoat utilizó la inseminación artificial corpórea con donante de seres humanos (IAD)»: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 16.

² En este sentido, es importante tener en cuenta, como dice María Carcaba Fernández, que «actualmente hemos entrado en el ámbito de la medicina del deseo y de la conveniencia; es forzoso constatar que los métodos de procreación artificial no curan la esterilidad, y que se dirigen a satisfacer el deseo de hijos, unido a la modernidad del placer y del individualismo»: Carcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 26.

³ Como apunta María Carcaba Fernández, «en la actualidad se impone la definición de una nueva ética social, pues una civilización que adquiere poderes sobre la vida se encuentra necesariamente necesitada de una nueva reflexión sobre los derechos del hombre», porque «en el trasfondo de todas estas técnicas, y sobre todo en su permisividad, subyacen convicciones éticas y religiosas y, en último extremo, morales»: Carcaba Fernández, María, *Op. cit.*, p. 31.

las siguientes: procrear prefijando unas características determinadas en los hijos y facilitar la procreación a parejas no heterosexuales o a individuos sin pareja estable.

2. Las técnicas de reproducción asistida y los hijos «a la carta»

La primera cuestión está estrechamente relacionada con los avances científicos y técnicos en materia de manipulación genética y con la comercialización de células germinales.

Las modernas técnicas de manipulación genética aplicadas a la reproducción asistida han abierto, en efecto, caminos nuevos en la manera en que se puede concebir la reproducción humana. Estas sendas se están trazando en dos direcciones distintas que, sin embargo, se pueden relacionar entre sí:

- 1) la elección de sexo;
- 2) la elección de unas características determinadas;
- 3) la elección del sexo y de unas características determinadas.

La primera vía es ya un hecho⁴ que puede tener una especial incidencia en aquellas culturas que tradicionalmente han preferido un sexo sobre otro. Esta preferencia es una característica de los países árabes y asiáticos que, puesta en relación con ciertas políticas demográficas de corte totalitario, puede generar problemas sociales de profundo calado y de difícil y lenta solución⁵. En los países del ámbito occidental no hay una preferencia social

⁴ Noticia aparecida en la sección de Sociedad de *El País Digital* el 11 de septiembre de 1998: «EE.UU. ofrece elegir el sexo de los niños con una nueva técnica». La noticia se abría de la siguiente forma: «Científicos de una clínica de fertilidad de Virginia (EE.UU.) han desarrollado un sistema que permite elegir el sexo de los embriones, utilizando una máquina de selección de los cromosomas masculinos y femeninos en el esperma que ya se venía aplicando en criaderos de animales».

⁵ China representa un ejemplo paradigmático de esta situación. Así, en la sección de Sociedad de *El Mundo en Internet* se difundía el 21 de diciembre de 1998 la noticia que llevaba por título «Las novias perdidas de China». En dicho artículo se podía leer lo siguiente: «Con las parejas chinas decididas a tener un descendiente varón a toda costa, el número de abortos e infanticidios sobre las niñas primerizas ha desestabilizado todo el mapa demográfico chino. Los matrimonios están ya descendiendo en las zonas urbanas, donde la política de natalidad es más estricta y la ausencia de candidatas al matrimonio es también cada vez mayor». «El Gobierno chino cree que la obsesiva preferencia de las

marcada, aunque sí puede haberla en el plano individual. Ello puede ser consecuencia de la igualdad de sexos, que al ser una pauta básica en la educación occidental ha eliminado buena parte de los prejuicios sociales de corte sexista. No obstante, esto no es óbice para que las parejas de Occidente puedan tener ilusión en procrear hijos de un sexo determinado o de ambos. Si los avances científicos en esta materia brindan la posibilidad de elegir el sexo de la descendencia, ¿se podría objetar éticamente que un matrimonio que desea tener una pareja de hijos y que no puede permitirse un tercero por razones económicas asegure con ayuda de la ciencia una planificación familiar que esté ajustada a sus ilusiones y preferencias?

En cuanto a la procreación con arreglo a unas características prefijadas, el camino todavía está en fase de exploración, tanto en el plano científico como en el ético. Ante todo, es preciso que el genoma humano sea descifrado y leído correctamente⁶, a fin de disponer de la información indispensable para guiar acertadamente la selección de alteraciones en el mismo. De hecho, si la manipulación se plantea en el sentido de alterar unas características hereditarias perjudiciales, pocos serían los seres humanos que se resistieran a acceder a ella. Muy probablemente tales prácticas se convertirían en la exigencia médica mundial del siglo XXI. Una exigencia que el Estado tendría que garantizar a todos los ciudadanos dentro del ya reconocido derecho a la protección de la salud⁷. Sólo una aplicación generalizada de este descubrimiento sería coherente con el principio de igualdad reconocido como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico⁸.

Ése sería el único camino para evitar discriminaciones inadmisibles por razón de la herencia genética. Pensemos, además, que algunos Estados del mundo ya están autorizando a determinadas compañías privadas a emplear

parejas por los hijos varones es el mayor obstáculo en su política de natalidad, que a pesar de todo va a ser intensificada con la llegada del nuevo año».

⁶ En este sentido, se están haciendo grandes avances en los últimos meses, tal y como informan los medios de comunicación: la sección de Sociedad de *El Mundo en Internet* difundió 7 de abril de 2000 la siguiente noticia: «Una empresa privada descifra todos los elementos del genoma de un ser humano»; la sección de Sociedad de *El País Digital* difundió el 7 de abril de 2000 la siguiente noticia: «La empresa privada Celera logra por primera vez secuenciar el genoma humano».

⁷ Según el artículo 43 apartado 1 de la Constitución Española, «Se reconoce el derecho a la protección de la salud».

⁸ Según el artículo 1 apartado 1 de la Constitución Española, «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

la información que facilitan los análisis de la herencia genética para la regulación de las tarifas o precios de los servicios que ofrecen⁹. Es decir, los datos que se puedan obtener de uno a través de un test genético pueden influir en la valoración que se haga del servicio o prestación que podríamos tener en virtud de una relación contractual (por ejemplo, un seguro de vida o un servicio médico o sanitario). En definitiva, la información genética sobre los individuos o las colectividades puede llegar, en un futuro no muy lejano, a regular el mercado. En este contexto, ¿quién sería el ingenuo que se resistiese a aceptar alteraciones en el genoma de su descendencia que eliminasen, por ejemplo, una predisposición genética a padecer algún tipo de enfermedad? En una sociedad en la que este tipo de alteraciones fuese algo normal, ¿no se hallarían en inferioridad de condiciones los que no quisieran (o no pudieran) someterse a ellas? ¿Podría un hijo reprocharse a un padre que no le evitó, habiendo podido hacerlo, el padecimiento de una enfermedad cuya predisposición a sufrirla estaba registrada e identificada en su código genético? ¿Asumiría un adulto tal responsabilidad a la hora de procrear? Probablemente no, de modo que ese tipo de intervenciones o alteraciones del genoma se convertirían en un aspecto más de la reproducción humana. Sería algo normal: un compromiso más que asumen con la descendencia los progenitores que desean una planificación familiar responsable.

Algo parecido a lo ya expuesto se puede plantear en relación a la procreación con arreglo a unas características prefijadas, cuando la intervención o alteración no responde a una finalidad terapéutica o curativo, sino es consecuencia de una motivación estética o socio-económica. Un adelanto significativo de este fenómeno se puede apreciar en la comercialización de células germinales. En virtud de esto último, unos individuos dotados de unas características físicas e intelectuales precisas venden su material reproductor a aquellos que desean que sus hijos sean

⁹ El 21 de marzo de 2000 la sección de Sociedad de *El País Digital* difundía la siguiente noticia: «El Gobierno británico autoriza que las aseguradoras pidan una prueba genética»; el artículo se presentaba de la siguiente manera: «las aseguradoras británicas podrán pedir a sus clientes, a partir de septiembre próximo, que se hagan una prueba genética para saber si son portadores de una enfermedad hereditaria. Cuando el resultado sea positivo, las compañías estarán facultadas para aumentar la prima de la póliza en función de la importancia del riesgo. Los análisis serán voluntarios, pero las asociaciones de consumidores temen que muchas personas y sus descendientes se queden sin seguros en cuanto las empresas del ramo descubran la existencia de una dolencia incurable en sus genes o en sus familias».

guapos e inteligentes. Todo ello, por supuesto, de acuerdo con los parámetros de belleza e inteligencia que predominan en un determinado contexto socio-cultural. Los medios de comunicación se hacen eco de estas transacciones comerciales con relativa frecuencia¹⁰, así como de las preferencias estéticas de los progenitores responsables, que no tienen ninguna duda cuando se les permite elegir¹¹.

Desde un punto de vista ético, estas prácticas suscitan muchos reparos, no obstante, constituyen una realidad social que puede explicarse de dos formas distintas:

- a) Puede ser el resultado de una mentalidad que ha «cosificado» a los niños, convirtiéndolos en un objeto que se desea del mismo modo que se desean otros bienes de consumo; lo cual explicaría la

¹⁰ *El País Digital* difundió el 4 de marzo de 1999 en su sección de Sociedad la siguiente noticia: «Se busca óvulo de universitaria alta y muy inteligente»; el artículo comenzaba de la siguiente forma: «Los anuncios empezaron a salir la semana pasada en los periódicos de prestigiosos centros académicos de Estados Unidos, como la Universidad de Stanford, el Instituto de Tecnología de Massachusetts o el Instituto de Tecnología de California. El anuncio decía: “Se necesita una donante de óvulos”, y añadía: “Gran incentivo económico”». *El Mundo en Internet* difundió el 25 de octubre de 1999 en su sección de Sociedad la siguiente noticia: «Un fotógrafo de moda en EE.UU. subasta en Internet óvulos de “supermodelos”»; en el artículo se podía leer lo siguiente: «Ron Harris, fotógrafo de moda y director de películas eróticas para Playboy, se ha propuesto echarle una mano a Darwin y contribuir a la «selección natural» de la especie humana, con la ayuda inestimable de Internet»; «Harris ha seleccionado a ocho top-models, las ha rebautizado como los ángeles de Ron y las ha convencido para que saquen sus óvulos a subasta en el ciberespacio. Hoy comienza oficialmente la puja en www.ronangels.com. Harris confía en recaudar de cuatro a 20 millones de pesetas por cada superóvulo».

¹¹ El 25 de noviembre de 1997 se publicaba la sección de Ciencia de *El Mundo en Internet* la siguiente noticia: «Avalancha de peticiones al hospital que vende embriones “a la carta”»; en el artículo se pudo leer lo siguiente: «Más de 250 personas se han interesado telefónicamente, con telegramas y mensajes por Internet en los servicios de embriones a la carta que ofrece el Hospital Columbia-Presbyterian de Nueva York. Según declaró a EL MUNDO un portavoz del hospital, en los últimos dos días el departamento de fecundación asistida ha estado bloqueado por las llamadas de todo el mundo, de personas que también quieren embriones con ojos azules y cabello rubio, uno de los modelos ofrecidos». El 13 de julio de 1999 en su sección de Sociedad *El Mundo en Internet* también difundió la siguiente noticia: «En busca del niño perfecto. La Red permite a las personas que no son fértiles “encargar” hijos a medida»; en la noticia se pudo leer lo siguiente: «Los supermercados cibernéticos de óvulos han comenzado a operar en la Red para mezclar los rasgos de la madre donante con los deseos de los padres que buscan un nuevo hijo. Hay atletas, universitarias, madres de familia, mujeres altas, bajas, judías, católicas o protestantes, aficionadas a la música o a la lectura, calladas y habladoras y blancas, negras o hispanas».

obsesión de algunos por tener y criar a los hijos más guapos e inteligentes, sin reparar en los medios ni en los gastos para conseguirlo¹².

- b) También puede ser una especie de mecanismo de defensa familiar ante los requisitos socio-económicos que la sociedad exige a sus miembros para destacar de algún modo. En este sentido, algunos padres puede pensar que es responsabilidad suya el dotar a sus hijos de aquellas características físicas e intelectuales que la sociedad en la que viven considera requisitos necesarios para alcanzar el éxito. Sería una forma de evitarles sufrimientos o de allanarles el camino hacia el triunfo, que normalmente se concibe en términos económicos. Esta perspectiva nos pone frente a una sociedad en la que las relaciones humanas están fuertemente mercantilizadas. Es inevitable llegar a esta conclusión, teniendo en cuenta, además, que la existencia de los niños que puedan ser el resultado de la combinación de células germinales adquiridas en el correspondiente mercado de gametos, estará presidida por la mercantilización desde el mismo momento en que sean concebidos en el laboratorio.

3. Las técnicas de reproducción asistida y la procreación de parejas no heterosexuales

3.1. El derecho a la procreación y las parejas no heterosexuales

En relación a la cuestión de la procreación por parte de parejas no heterosexuales o de individuos sin pareja estable, el principal punto de discusión consiste en clarificar o reformular el derecho a la procreación¹³ y

¹² No muy lejos de esta concepción de la reproducción humana puede estar la clonación humana. Así, no es de extrañar que de vez en cuando aparezcan en la prensa noticias como la que difundía en su sección de sociedad el *ABC digital* el 3 de diciembre de 1997: «EE.UU.: denuncian que centros de fertilidad trabajan ya en técnicas de clonación humana». La noticia era presentada de la siguiente manera: «La comunidad científica en EE.UU. ha empezado a observar con grave preocupación cómo la hipotética clonación de personas está dejando de ser una fantasía literaria para adentrarse poco a poco en el terreno de un negocio multimillonario. A nueve meses de la primera clonación de un animal adulto, la oveja Dolly, algunos centros de fertilidad norteamericanos están trabajando en la futura aplicación de estas técnicas a seres humanos».

¹³ Para Yolanda Gómez Sánchez, el derecho a tener hijos, «tiene su fundamento, ..., en el reconocimiento de la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico (art. 1.1. de la CE) y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos

su titularidad¹⁴. En relación con el derecho a la reproducción, debemos decir que éste no se formula jurídicamente de esta manera¹⁵, sino que normalmente se habla del derecho a formar una familia, o del derecho a la protección de la familia¹⁶. Por tanto, la noción o concepto de familia lleva implícito el derecho a fundarla mediante la reproducción. El problema se plantea a la hora de explicar qué es una familia de acuerdo con la ética social de la mentalidad occidental¹⁷. Tradicionalmente hablar de familia es

inherentes y del libre desarrollo de su personalidad (...), fundamentos del orden político y la paz social y piezas esenciales del sistema constitucional democrático»: Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1994, p. 41. Por su parte, E. Roca Triás considera que «del derecho a procrear se habla como un derecho derivado de diversos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y a la libertad. De aquí algunos derivan un derecho a procrear, no ligado con la familia, sino como un derecho de la persona y que encuentra su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en función de la actuación de la personalidad, por lo que el interés de tener hijos no se sustrae a la tutela asegurada por el ordenamiento jurídico a la personalidad»: Roca Trias, E., «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 25.

¹⁴ Esta cuestión, para Yolanda Gómez Sánchez, se resuelve afirmando que «el derecho a la reproducción, como la propia libertad, tiene por sujeto a la persona física ... En ningún caso, pues, pueden generarse seres humanos mediante técnicas de reproducción asistida si no es a instancia de una mujer o, en su caso, de una pareja». «Aquella o ésta son los titulares del derecho a la reproducción»: Gómez Sánchez, Yolanda, *Op. cit.*, p. 61.

¹⁵ En el caso español, como explica Yolanda Gómez Sánchez, la Constitución «no reconoce, ..., un derecho expreso a tener hijos»: Gómez Sánchez, Yolanda, *Op. cit.*, p. 40.

¹⁶ Según el art. 39 apartado 1 de la Constitución española: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

¹⁷ Algunos piensan, como A. De Leon Arce, que «existe la posibilidad de que el "concepto familia" se pluralice en distintas acepciones: matrimonial o no, monoparental o biparental, procreación natural o asistida, etc.»: De Leon Arce, A., «La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana», en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 265. Otros consideran, en relación con las técnicas de reproducción asistida, que «la admisibilidad de estas técnicas, con independencia del avance científico que suponen, va a poner en cuestión el modelo de la familia del siglo XX»: Merino Gutierrez, A., «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida», en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción*

hablar de un grupo de personas relacionadas por vínculos de consanguinidad, que halla en el matrimonio de un hombre y una mujer su punto de partida. Mas esta concepción clásica se puede completar por medio de la adopción, en la medida en que el Derecho establece una relación familiar allí donde no hay vínculos genéticos o de sangre. No obstante, hoy en día y con independencia de los cambios introducidos por las técnicas de reproducción asistida que después analizaremos, también se reconoce como familia al grupo de personas unidas por vínculos de sangre o por adopción, aunque los padres no estén casados y estén unidos por análoga relación de afectividad, y sean, tal y como se les suele calificar habitualmente, pareja de hecho. En este sentido, tampoco llama la atención la familia constituida por los hijos y un progenitor soltero, si bien lo habitual es que éste último sea mujer. Además, aunque no suele ser frecuente, también se dan casos de familias constituidas por hijos adoptados y un solo padre adoptivo, tanto hombre como mujer, en la medida en que la ley permite la adopción a una persona soltera¹⁸.

Sin embargo, las técnicas de reproducción asistida han logrado cambiar aún más la concepción clásica o tradicional de la familia, lo cual se debe al hecho de que permiten procrear, en un sentido amplio, a colectivos de personas que antes no podían. Estamos haciendo referencia a las parejas no heterosexuales, que ven en las técnicas de reproducción asistida una solución a sus problemas reproductivos y emocionales. De este modo, cabe la posibilidad de que dos mujeres, o dos hombres, que formen una pareja estable, puedan constituir una familia. En el caso de las mujeres, el procedimiento es relativamente fácil, teniendo en cuenta que, en países como España, la legislación en materia de reproducción asistida permite que mujeres solteras puedan tener acceso a estas técnicas para procrear¹⁹.

humana, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 272.

¹⁸ El artículo 175 apartado 1 del Código Civil español establece: «La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado». Y el apartado 4 del mismo artículo reza: «Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona».

¹⁹ En relación con esta idea, el capítulo III de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece lo siguiente: «desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir

El caso de los varones es un poco más complicado, porque, por el momento, la concurrencia de una mujer gestante sigue siendo imprescindible para la existencia del hijo²⁰. Este obstáculo se pretende superar a través de la maternidad subrogada, o maternidad por sustitución, conocida comúnmente por maternidad de alquiler. Es decir, la mujer que presta su cuerpo para gestar un hijo que nada tiene que ver desde el punto de vista genético con ella, y que tras el parto entrega la criatura a los progenitores genéticos identificados. Este supuesto genera, en la actualidad, grandes problemas éticos y jurídicos, que lo sitúan en la ilegalidad en la mayor parte de los países y en la legalidad en unos pocos (en estos últimos, la maternidad subrogada ha conducido a prácticas perfectamente organizadas, como las que se dan en algunos Estados de Norteamérica, y a las que recurren personas de todo el mundo, incluido españoles)²¹.

No obstante, es muy probable que con el paso del tiempo las objeciones morales ante la maternidad subrogada vayan disipándose y nos adentremos en una etapa de legalización o regularización jurídica de esta práctica²². Lo

la forma de familia que considere libre y responsablemente». En cualquier caso, como dice acertadamente María Carcaba Fernández al analizar el derecho de la mujer soltera a someterse a estas técnicas, «dificultar la inseminación de la mujer soltera por la única razón de que una homosexual podría ser inseminada es crear con respecto a las mujeres solteras una presunción de homosexualidad inadmisibles»: Carcaba Fernández, María, *Op. cit.*, p. 132.

²⁰ En efecto, como afirma Yolanda Gómez Sánchez, «El derecho a la reproducción de los hombres en solitario es hoy más una expectativa que una realidad y depende de los logros científicos en este campo. Si se consiguiera que un hombre pudiera llevar a término una gestación, o completar una gestación por medios artificiales en el laboratorio, difícilmente se podría objetar que los hombres solicitaran la gestación de un hijo por estos medios a partir de su propia aportación genética y siempre que existieran gametos libremente donados por las mujeres»: Gómez Sánchez, Yolanda, *Op. cit.*, p. 69.

²¹ Así lo puso de manifiesto *EL PAIS DIGITAL* en una investigación periodística publicada en diversos artículos: «Los niños vienen de California», publicado el 3 de noviembre de 1997; «La clínica Dexeus envió españolas a EE.UU. para buscar madres de alquiler», publicado el 5 de noviembre de 1997; y «Entrevista con la madre de alquiler contratada por una española. “Sólo volvería a parir por una mujer a la que se le muriera el hijo”», publicado el 9 de noviembre de 1997.

²² Para Sergio Villarroya, esto puede depender de la consideración social y ética de la maternidad; así, afirma que «en realidad, la cuestión en profundidad corresponde a que si bien el concepto de paternidad se ha socializado, no ocurre lo mismo con el de maternidad. “Mater semper certa est” es aún un axioma ético, y por lo tanto pauta de comportamiento inconsciente»: Villarroya, Sergio, «Comentario a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988, de 22 de noviembre», en AA.VV. *Técnicas de reproducción asistida y*

cual será, en parte, consecuencia de la presión reivindicativa del colectivo de homosexuales, para los que la maternidad subrogada es la única manera, por el momento, de disolver la situación discriminatoria en la que se encuentran con respecto al colectivo de mujeres lesbianas a la hora de constituir una familia.

De hecho, si las tendencias sexuales no heterosexuales se deben entender como una opción sexual tan legítima y respetable como la heterosexual, no hay ninguna razón social, ética o jurídica que justifique que una mujer lesbiana con una pareja estable pueda «constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente» (tal y como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en el párrafo que reproducimos en una nota a pie de página²³) y un hombre homosexual con una pareja estable no.

Afirmar que una mujer tiene derecho a procrear²⁴ y negar el mismo derecho a un hombre nos sitúa ante una discriminación por razón de sexo que viola el derecho fundamental a la igualdad ante la ley²⁵. Lo cual se pone aún más en evidencia si recordamos que un hombre soltero, en países como España, puede ser padre de uno, o varios hijos, a través de la adopción. Con

derechos del menor, Facultad de Derecho de Valencia, Valencia, 1992, pp. sin numeración de páginas.

²³ Concretamente la nota número 19.

²⁴ Sobre este punto hay opiniones contrapuestas. Entre los que están a favor, podemos hacer referencia a María Carcaba Fernández, quien considera que «si una mujer sola puede procrear por medios naturales, en virtud de una relación sexual no permanente ni estable, no parece claro el fundamento por el que se trata de impedir que eso mismo lo logre a través de una técnica de IAD»: Carcaba Fernández, María, *Op. cit.*, p. 134. Entre los que están en contra, se puede mencionar a V.L. Montes Penades, el cual estima «que la mujer soltera no debe ser sometida a los tratamientos que venimos considerando sino por razones que se centren en el remedio, tratamiento, o terapéutica de una patología o estado patológico que le impida ser madre por medios naturales»: Montes Penades, V.L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción asistida», en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 208. Siguiendo a A. De Leon Arce, los partidarios de esta limitación, en general, la justifican argumentando «que no puede ser considerado el derecho a procrear como absoluto, ni un hijo puede tener nunca consideración de ser objeto de un derecho subjetivo»: De Leon Arce, *Op. cit.*, p. 262.

²⁵ Según el artículo 14 de la Constitución española de 1978, «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

ello se estaría negando a los hombres la posibilidad de ser padres biológicos de sus hijos, aunque sólo sea en parte²⁶.

Por tanto, si la delimitación conceptual y material de la familia ya no depende de factores objetivos, sino depende directamente de lo que cada cual considere «libre y responsablemente», si, como parece, «los factores afectivos y emocionales de los individuos son más importantes que los sociales a la hora de procrear»²⁷, entonces se hace necesario un ejercicio de coherencia que nos permita superar la discriminación antes expuesta.

Para ello sería preciso aceptar éticamente la maternidad subrogada.

3.2. La maternidad subrogada

Convendría, llegados a este punto, analizar brevemente los inconvenientes éticos de aquélla. Como en todo comportamiento humano valorable éticamente, la intención tiene una gran importancia para emitir un juicio ético, por ello, quizás, sea oportuno analizar, en primer lugar, el comportamiento en sí, con independencia de la intención que puede animar cada caso. Desde este punto de vista, la maternidad subrogada se presenta de la siguiente manera:

²⁶ Como explica Yolanda Gómez Sánchez, se debe «tener en cuenta que el reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de que sus progenitores estén o no casados entre sí, lleva implícito en reconocimiento de que el matrimonio no es el requisito jurídico necesario para la procreación. Siendo así jurídicamente, las mujeres pueden acceder a la maternidad sin necesidad de que su status esté legitimado por determinado vínculo jurídico ni por la presencia de un hombre. Por otro lado, la Ley 21/1987, de Adopción y Acogimiento Familiar, permite, desde luego, la adopción por ambos cónyuges, pero también la adopción por el hombre y la mujer «integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal» (disposición adicional 3.^a) y, además, que una mujer o un hombre accedan a la adopción (art. 175.1) o al acogimiento familiar (arts. 172.3 y 173.1) sin estar casados ni acreditar la existencia de pareja estable. Y así se ha llevado a cabo en la práctica»: Gómez Sánchez, Yolanda, *Op. cit.*, p. 72.

²⁷ Estas reflexiones no podrían conducir, siguiendo a María Carcaba Fernández, a preguntarnos «si el deseo exacerbado de hijos, que se hace patente en nuestros días a través de la reivindicación del derecho a tener hijos, no va en contra del niño mismo, ya que da la impresión de que actualmente se está asimilando el niño a una especie de cosa, y de que nos estamos adentrando en la era del niño objeto, concepción a la que no son extraños ni la interrupción voluntaria del embarazo, ni los modos de procreación artificial, orientados todos ellos hacia el mismo fin: satisfacer el deseo de tener o no tener un niño»: Carcaba Fernández, María, *Op. cit.*, p. 26.

- a) Una mujer presta voluntariamente su organismo para gestar el hijo de otro, u otros.
- b) Tras el parto, la mujer gestante cede voluntariamente el hijo a los padres biológicos o genéticos.

Este comportamiento podría no tener objeciones éticas, siempre y cuando se respeten una serie de requisitos:

- 1) Que la mujer gestante tenga plena capacidad para entender el alcance científico y biológico de su participación en el proceso.
- 2) Que se informe adecuadamente a la mujer gestante de los aspectos científicos, biológicos, éticos y jurídicos de su participación en el proceso.
- 3) Que la mujer gestante consienta libre y conscientemente a participar en el proceso después de que se le haya informado con arreglo al punto anterior.

Si se dan estos requisitos la maternidad subrogada no debería presentar objeciones éticas porque la mujer gestante asume plenamente su papel, que no es el de madre. La madre de la criatura es la mujer que aporta el óvulo y el deseo de procrear, de ser madre²⁸. Algo parecido se podría afirmar respecto del supuesto en el que sea un hombre el que quiera procrear y cuente para ello con la participación de una mujer que done uno, o varios, de sus óvulos²⁹. El ovocito, obtenido tras la fecundación *in vitro* del óvulo

²⁸ Como explica Jacqueline Costa-Lascoux, «la procreación con asistencia médica trastrueca los valores, las creencias y las representaciones que algunos habían tenido por inamovibles. Disocia entre sexualidad y reproducción, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y lazos afectivos y educativos, entre madre biológica y madre «portadora» y madre educativa»: Costa-Lascoux, Jacqueline, «Mujer, procreación y bioética», en AA.VV., *Historia de las mujeres en Occidente. Tomo V (El siglo XX)*, Taurus, Madrid, 1993, p. 589.

²⁹ En este sentido opina Yolanda Gómez Sánchez, según la cual, «si aceptamos, ..., la posibilidad de la donación de gametos, como material genético, tanto femeninos como masculinos, no se puede negar la posibilidad de que los hombres y las mujeres accedan solos al ejercicio de este derecho. Estimo que no existen, en este caso, dos voluntades que deban concordarse para producir la generación de un nuevo ser, sino una sola voluntad: la del sujeto que ejercita su derecho a la reproducción, el cual sujeto puede concurrir con la voluntad de otro sujeto para llevar a cabo la reproducción, pero también puede alcanzarla mediante la donación de gametos». Por tanto, «la mayor dificultad de los hombres en la actualidad para ejercer en solitario su derecho a la reproducción no destruye la argumentación. La naturaleza del derecho es la misma, aunque su ejercicio, por parte de los

donado y el semen del hombre, sería transferido al organismo de la mujer gestante, cuya posición no cambia con respecto al supuesto anterior. También aquí la mujer gestante asume plenamente su condición de medio para que otro, en este caso, un hombre satisfaga su deseo de procrear, de ser padre.

La mujer gestante, por tanto, se limitaría a ser el medio a través del cual otra mujer (o un hombre) satisface su deseo de procrear, pero asumiendo plenamente su condición de medio. Si existe en el ánimo de la mujer gestante cualquier duda en relación con el alcance de su participación en el proceso, entonces aquélla no debería participar. Se trata de separar, si es posible, la voluntad de procrear del hecho de la gestación.

Por consiguiente, la cuestión se debe centrar en el hecho de si la gestación es una etapa imprescindible de la procreación, o si, por el contrario, se puede procrear sin asumir la gestación, se puede gestar habiendo asumido previamente que no se va a ser madre. La cuestión se debe analizar desde diversos puntos de vista:

Desde un punto de vista biológico y científico, no parece que haya grandes inconvenientes para trazar esa separación: las técnicas de reproducción asistida la hacen posible y la razón humana traza la división.

Desde el punto de vista psíquico de la mujer gestante, el que no se planteen problemas sólo depende de la personalidad de aquélla y de su capacidad para asimilar la separación biológica y científica.

Desde el punto de vista ético, se plantea la duda de si una mujer que ha gestado a un ser humano, es decir, le ha alimentado, calentado y protegido durante aproximadamente los nueve primeros meses de su vida, se implica con el hijo gestado hasta el punto de asumir completamente el rol de madre³⁰. Aquí necesariamente debemos introducir el factor de la voluntariedad; esto es, se podría argumentar que la maternidad es necesario deseársela: no basta por pasar biológicamente por ella³¹. Para ser madre no

hombres, ..., es en estos momentos inviable si, ..., debe prohibirse el alquiler de úteros»: Gómez Sánchez, Yolanda, *Op. cit.*, p. 63.

³⁰ En relación con esta idea Jacqueline Costa-Lascoux se plantea la siguiente cuestión: «la socialización de niños desde su más tierna infancia en casa de nodrizas, en guarderías y luego en las escuelas donde pasan la mayor parte del día, ¿es más o menos perturbadora que la que se ha adquirido en la vida fetal?»: Costa-Lascoux, Jacqueline, *Op. cit.*, p. 604.

³¹ Este argumento es utilizado por algunos movimientos proabortistas que defienden la despenalización total del aborto, porque entienden que la maternidad debe de entenderse siempre como un derecho, no como una imposición de la naturaleza; es decir, para los que defienden esta opinión, la mujer debería tener el derecho a interrumpir aquellos embarazos

basta con gestar a un preembrión, embrión, o feto humano. Es necesario que las conductas biológicas imprescindibles para la procreación, las relaciones sexuales, estén acompañadas de la voluntad de procrear. En la maternidad subrogada falta esa voluntad por parte de la mujer gestante, la cual debe asumir el hecho de que la criatura nacerá porque su madre biológica, y no ella, lo desea. A esto hay que añadir que en la maternidad subrogada no ha habido relaciones sexuales: el embarazo es consecuencia de la intervención de un equipo médico, que también obra de acuerdo con la voluntad de la madre biológica³².

Desde el punto de vista jurídico, no hay inconvenientes para admitir esa separación. El Derecho podría perfectamente admitir supuestos en los que la mujer que da a luz no es la madre legal del hijo, porque la determinación de la maternidad biológica no plantea, hoy día, ningún problema probatorio. El establecimiento de documentos específicos (declaraciones de voluntad, contrato, etc.) encaminados a autorizar las intervenciones y a atribuir las responsabilidades correspondientes, y la intervención de Centros de Reproducción Asistida (autorizados por la autoridad pública sanitaria competente) para llevar a cabo la transferencia de embriones, coadyuvarían, en principio, a afrontar cualquier problema jurídico.

La maternidad subrogada, sin embargo, no puede valorarse éticamente con rigor si no abordamos el problema de la intención: como es sabido, las objeciones éticas ante determinadas conductas pueden nacer más de las intenciones que de los hechos. Así, el que una mujer preste su organismo voluntariamente para que una pareja (que puede estar formada tanto por un hombre y una mujer, como por dos mujeres, o dos hombres), otra mujer, o un hombre, puedan procrear puede ser consecuencia, fundamentalmente, de una de estas dos posibilidades:

- a) Una intención benéfica. En este caso, la mujer gestante pretende ayudar desinteresadamente hasta el punto de tener la iniciativa,

no deseados porque son consecuencia de relaciones sexuales que no se llevaron a cabo con la intención de procrear.

³² Razonamientos de este tipo son consecuencia del cambio de mentalidad en torno a las relaciones sexuales. Así, como afirma María Carcaba Fernández, es lógico que las técnicas de reproducción asistida «se admitan hoy, momento en el que se disocia perfectamente entre la función sexual y la reproductora, como viene poniendo de manifiesto el habitual uso de anticonceptivos; si el sexo no conlleva necesariamente la procreación, tampoco la procreación tiene por qué ir ineludiblemente unida al acto sexual»: Carcaba Fernández, María, *Op. cit.*, p. 25.

hasta el punto de ofrecerse para que otros puedan procrear³³. Estos supuestos no suelen plantear objeciones éticas; es más, en ocasiones, suscitan admiración por el esfuerzo físico y psíquico de la mujer gestante que, durante el tiempo necesario para completar la gestación, asume su papel de simple medio para lograr que un ser querido o allegado pueda procrear. Es un sentimiento parecido al que inspira los supuestos de donación de órganos no vitales entre parientes. En la maternidad subrogada, la mujer gestante no dona órgano alguno, ni entrega nada que se haya generado biológicamente en su cuerpo: se limita a permitir que su organismo albergue, proteja y alimente al hijo de otro, u otros, durante el tiempo necesario para adquirir la autonomía fisiológica de un recién nacido³⁴.

- b) Un interés lucrativo. En este caso sí se plantean serias objeciones éticas, cuyo fundamento coincide con el de otras prácticas en la que interviene el aprovechamiento comercial del organismo humano, o alguna de sus partes. En suma, el interrogante que podemos plantear aquí sería el siguiente: ¿es éticamente admisible que una o varias personas se lucren mediante un supuesto de maternidad subrogada? Parece que la respuesta más razonable y coherente con la concepción occidental de la dignidad de la persona humana es la negativa. No es éticamente admisible el interés lucrativo en la maternidad subrogada porque ello podría dar lugar a situaciones de

³³ En los últimos diez años se han dado en el mundo varios casos de este tipo; por ejemplo, el de Pat Anthony que, con 48 años de edad, dio a luz el 1 de octubre de 1987 en una clínica de Johannesburgo (Sudáfrica), a sus tres nietos, para que su hija Karen Ferreira pudiera seguir procreando; o el de la británica Edith Jones que, con 51 años, dio a luz en 1996 «a la hija de su hija y de su yerno», tal y como expone *EL PAÍS DIGITAL* en su edición del 3 de noviembre de 1997, en un artículo titulado «Los niños vienen de California». También fue llamativo el caso de Ángela, una mujer italiana de 37 años que dio a luz a dos gemelos procedentes de diferentes embriones de dos diferentes parejas con problemas de fertilidad. Tal y como relata el artículo «Una madre de alquiler da a luz a dos gemelos de dos parejas distintas», publicado en *EL PAÍS DIGITAL*, el 23 de octubre de 1997, «Ángela, la madre de alquiler, cobró por el préstamo de su útero una suma compensatoria por su inactividad laboral durante los ocho meses del embarazo, ya que, según ha asegurado, sus razones son estrictamente altruistas».

³⁴ Para A. Merino Gutierrez, por ejemplo, «la gestación gratuita con aportación de material genético de la pareja debería autorizarse, siempre que se lleve a cabo sin intermediarios, que, en cualquier caso, deben quedar excluidos de este ámbito. A mi juicio, la importante función de la gestación queda ensombrecida por la contribución con sus gametos de la pareja»: Merino Gutierrez, A., *Op. cit.*, p. 279.

explotación de personas necesitadas. El cuerpo femenino no es un incubadora orgánica³⁵ que se pueda alquilar a un precio, por muy alto que sea³⁶.

3.2.1. *La maternidad subrogada y las clases de paternidad, maternidad y filiación*

Si admitiéramos, pues, la maternidad subrogada como una modalidad más de las técnicas de reproducción asistida, se podrían distinguir, teniendo exclusivamente como criterios diferenciadores los vínculos genéticos o legales de los padres con el hijo, las siguientes clases de paternidad, maternidad y filiación:

Supuesto de una paternidad y de una maternidad genéticas, o supuesto de una filiación genética por parte de padre y madre:

- a) En la Inseminación Artificial (IA en adelante): cuando se insemina a una mujer con el semen de su marido, u hombre con el que mantiene análoga relación de afectividad; también conocida como IA homóloga. Este podría ser el caso, por ejemplo, de una pareja casada o unida por una análoga relación de afectividad, en la cual el marido o compañero padece alguna clase de enfermedad que le impide culminar con éxito el acto sexual (impotencia, etc.).
- b) En la Fecundación *In Vitro* (FIV en adelante) con Transferencia de Embriones (TE en adelante) y en la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG en adelante): cuando se fecunda el óvulo de la mujer casada, o unida a un hombre por análoga relación de afectividad, con el semen de su marido, u hombre con el que mantiene análoga relación de afectividad; también conocidas como FIV con TE y TIG homólogas. Este podría ser el caso, por ejemplo, de una pareja casada o unida por una análoga relación de afectividad, en la cual el marido, o compañero, padece alguna clase de enfermedad que le impide culminar el acto sexual (impotencia, etc.).

³⁵ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, J.M., *Op. cit.*, p. 75.

³⁶ Como dicen José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez y J.M. Massigoge Benegiu, «se percibe por una gran mayoría de los que se ocupan de estas cuestiones, que por esta vía acecha el peligro de la posible comercialización de la maternidad»: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, J.M., *Op. cit.*, p. 157.

- c) En la Maternidad Subrogada (MS en adelante): cuando se fecunda el óvulo de la mujer casada, o unida a un hombre por análoga relación de afectividad, con el semen de su marido, u hombre con el que mantiene análoga relación de afectividad, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad en favor de aquellos; que también podríamos denominar MS homóloga. Este podría ser el caso, por ejemplo, de una pareja casada, o unida por una análoga relación de afectividad, sin problemas de esterilidad. Sin embargo, el organismo de la mujer no está capacitado para la gestación del hijo. El derecho de la pareja a tener un hijo que sea el resultado de la combinación de sus respectivas células germinales, se puede satisfacer mediante la intervención de una madre de alquiler. Esta sería la encargada de gestar al preembrión, o preembriones, de los padres genéticos. En cualquier caso, es preciso recordar que la legislación española vigente en esta materia prohíbe la gestación por sustitución. Consiguientemente, en España la filiación de los hijos nacidos por esta vía se determina por el parto, quedando a salvo la «acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales» (art. 10 apartado 3 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida).

Supuesto de una maternidad genética y de una paternidad póstuma y genética, o supuesto de una filiación genética por parte de madre y póstuma y genética por parte de padre:

- a) En la IA: cuando se insemina a una mujer viuda, con el semen de su marido fallecido o del hombre con el que mantuvo una análoga relación de afectividad. Este podría ser el caso, por ejemplo, de una mujer viuda que decide someterse a esta técnica para tener un hijo del marido fallecido. Según la legislación española vigente en esta materia, para que la mujer pueda ser inseminada con el material reproductor de su marido es necesario que éste lo hubiese consentido expresamente en escritura pública o testamento, y que la inseminación se realice en los 6 meses siguientes a su fallecimiento (art. 9 apartado 2 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida). La misma facultad se reconoce al varón no unido por vínculo matrimonial (art. 9 apartado 3).

- b) En la FIV con TE y en la TIG: cuando se fecunda el óvulo de una mujer con el semen de su marido fallecido, u hombre fallecido con el que mantuvo una análoga relación de afectividad. En este caso nos podemos encontrar con un supuesto muy parecido al de la letra anterior.
- c) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una mujer viuda con el semen de su marido fallecido u hombre fallecido con el que mantuvo una análoga relación de afectividad, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad en favor de aquélla. Este puede ser el caso, por ejemplo, de una mujer viuda fértil que no tiene capacidad para gestar, y que desea tener un hijo de su difunto marido. Para lograrlo, recurre a una FIV de sus óvulos y del semen de su cónyuge fallecido, previamente depositado en el oportuno banco de semen, si bien la TE tendrá lugar en el organismo de una madre de alquiler. Esta última llevará a cabo la gestación y renunciará a la maternidad en favor del cónyuge superviviente.

Supuesto de maternidad póstuma y genética y de paternidad genética, o supuesto de filiación póstuma y genética por parte de madre y genética por parte de padre:

- a) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una mujer fallecida con el semen de su marido viudo, u hombre con el que la fallecida mantuvo una análoga relación de afectividad, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad en favor del marido viudo, o del hombre con el que la mujer fallecida mantuvo una análoga relación de afectividad. Este caso, por ejemplo, puede ser el de un hombre viudo fértil que desea tener un hijo de su mujer difunta. Para lograrlo, recurre una FIV de su esperma y de los óvulos de su cónyuge fallecido, previamente depositados en el oportuno banco de óvulos, si bien la TE tendrá lugar en el organismo de una madre de alquiler. Esta última llevará a cabo la gestación y renunciará a la maternidad en favor del cónyuge superviviente.

Supuesto de maternidad genética, o supuesto de filiación genética por parte de madre:

- a) En la IA: cuando se insemina a una mujer soltera con el semen de un donante anónimo. Este, por ejemplo, puede ser el caso de una mujer soltera, fértil y lesbiana que quiere ser madre y no desea que el padre de su hijo sea un hombre predeterminado, por lo que recurre al semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen.
- b) En la FIV con TE y en la TIG: cuando se implanta en el organismo de una mujer soltera un preembrión que se ha obtenido tras la combinación de uno de sus óvulos con el semen de un donante anónimo. En este caso nos podemos encontrar con unas circunstancias muy similares a las de la letra anterior.
- c) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una mujer soltera con el semen de un donante anónimo, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad, en favor de aquélla. Este, por ejemplo, es el caso de una mujer fértil, soltera y lesbiana que no está capacitada para gestar y desea tener un hijo. Para satisfacer su derecho a procrear, recurre a una FIV con un óvulo suyo y el semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen. Además, recurre a una madre de alquiler, en cuyo organismo se lleva a cabo la TE y la gestación completa.

Supuesto de paternidad genética, o supuesto de filiación genética por parte de padre:

- a) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una donante anónima con el semen de un hombre soltero, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad, en favor de aquél. Este, por ejemplo, es el caso de un hombre fértil, soltero y homosexual que desea tener un hijo. Para satisfacer su derecho a procrear recurre a una FIV con su esperma y un óvulo de una donante anónima, previamente depositado en un banco de óvulos. Además, recurre a una madre de alquiler, en cuyo organismo se lleva a cabo la TE y la gestación completa.

Supuesto de una maternidad genética y de una paternidad legal, o supuesto de una filiación genética por parte de madre y legal por parte de padre (que también se podría denominar impropriamente filiación prenatal, adoptiva y parcial por parte de padre):

- a) En la IA: cuando se insemina a una mujer casada, o unida a un hombre por análoga relación de afectividad, con el semen de un donante anónimo; también conocida como IA heteróloga. Este caso, por ejemplo, es el de una pareja casada, en la que el marido es estéril y la mujer es fértil y desean tener un hijo. Para satisfacer su derecho a procrear la mujer es inseminada con el esperma de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen.
- b) En la FIV con TE y en la TIG: cuando se implanta en el organismo de una mujer casada o unida a un hombre por análoga relación de afectividad, un preembrión que se ha obtenido tras la combinación del semen de un donante anónimo y un óvulo de la mujer gestante; también conocidas como FIV con TE y TIG heterólogas. Aquí nos encontramos con un caso en el que se dan unas circunstancias muy similares a las de la letra anterior.
- c) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una mujer casada o unida a un hombre por análoga relación de afectividad, con el semen de un donante anónimo, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad; que también podríamos denominar MS heteróloga. Este caso, por ejemplo, es el de una pareja casada, en la que él es estéril y ella es fértil pero no puede gestar. Para satisfacer su derecho a procrear recurren a una FIV con un óvulo de la mujer y el semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen. Además, recurre a una madre de alquiler, en cuyo organismo tiene lugar la TE y la gestación completa del hijo.

Supuesto de maternidad póstuma y genética y de paternidad legal, o supuesto de filiación póstuma y genética por parte de madre y legal por parte de padre (que también se podría denominar impropia filiación prenatal, adoptiva y parcial por parte de padre):

- a) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una mujer fallecida con el semen de un donante anónimo, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad en favor del marido viudo, o del hombre con el que la mujer fallecida mantuvo una análoga relación de afectividad. Este, por ejemplo, es el caso de un hombre viudo y estéril, que desea tener un hijo de su mujer fallecida. Para satisfacer su derecho a procrear, recurre a una

FIV con el semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen, y a un óvulo de su mujer fallecida, también previamente depositado en un banco de óvulos. Además, recurre a una madre de alquiler, en cuyo organismo tendrá lugar la TE y la gestación completa del hijo de aquél.

Supuesto de una paternidad genética y una maternidad legal, o supuesto de filiación genética por parte de padre y legal por parte de madre (que también se podría denominar impropriadamente filiación prenatal, adoptiva y parcial por parte de madre):

- a) En la FIV con TE y en la TIG: cuando se implanta en el organismo de una mujer casada o unida a un hombre por análoga relación de afectividad, un preembrión que se ha obtenido tras la combinación del semen del marido, u hombre con el que la mujer gestante mantiene una análoga relación de afectividad, y un óvulo de una donante anónima. Este, por ejemplo, es el caso de una pareja casada, en la que él es fértil y ella es estéril. Para satisfacer su derecho a procrear recurren a una FIV con el semen del marido y un óvulo de una donante anónima, previamente depositado en un banco de óvulos, y la TE tiene lugar en el organismo de la mujer.
- b) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una donante anónima, con el semen de un hombre casado o unido a una mujer por análoga relación de afectividad, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad. Este, por ejemplo, es el caso de un pareja casada, en la que él es fértil y ella es estéril y no puede gestar. Para poder procrear recurren a una FIV con el semen del marido y un óvulo de una donante anónima, previamente depositado en un banco de óvulos. Además, recurre a una madre de alquiler, en cuyo organismo tiene lugar la TE y la gestación completa del hijo.

Supuesto de una paternidad genética póstuma y de una maternidad legal, o supuesto de una filiación genética y póstuma por parte de padre y legal por parte de madre (que también se podría denominar impropriadamente filiación prenatal, adoptiva y parcial por parte de madre):

- a) En la FIV con TE y en la TIG: cuando se implanta en el organismo de una mujer viuda un preembrión que se ha obtenido tras la

combinación del semen del marido fallecido, u hombre fallecido con el que la mujer gestante mantuvo una análoga relación de afectividad, y un óvulo de una donante anónima. Este es el caso, por ejemplo, de una mujer viuda, estéril y con capacidad para gestar, que desea tener un hijo de su difunto marido. Para ello recurre a una FIV con el semen de su marido, previamente depositado en un banco de semen, y un óvulo de una donante anónima, también depositado previamente en un banco de óvulos. Por su parte, la TE tiene lugar en el organismo de la mujer viuda que completa la gestación.

- b) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una donante anónima con el semen de un fallecido, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad en favor de la viuda de aquél, o de la mujer con la que el fallecido mantuvo una análoga relación de afectividad. Este es el caso, por ejemplo, de una mujer viuda, estéril y sin capacidad para gestar, que desea tener un hijo de su difunto marido. Para ello recurre a una FIV con el semen de su marido, previamente depositado en un banco de semen, y un óvulo de una donante anónima, también depositado previamente en un banco de óvulos. Además, recurre a una madre de alquiler, en cuyo organismo tiene lugar la TE y la gestación completa del hijo.

Supuesto de una paternidad y de una maternidad legales, o supuesto de filiación legal por parte de padre y madre (que también se podría denominar impropriamente filiación adoptiva prenatal):

- a) En la FIV con TE y en la TIG: cuando se implanta en el organismo de una mujer casada o unida a un hombre por análoga relación de afectividad, un preembrión que se ha obtenido tras la combinación del semen de un donante anónimo y de un óvulo de una donante anónima. Este es el caso, por ejemplo, de una pareja casada, en la que ambos son estériles, pero ella tiene capacidad para gestar. Para satisfacer su derecho a procrear, recurren a una FIV con el semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen, y un óvulo de una donante anónima, también depositado previamente en un banco de óvulos. Por su parte, la TE tiene lugar en el organismo de la mujer.

- b) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una donante anónima con el semen de un donante anónimo, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad en favor de una pareja casada o unida por análoga relación de afectividad. Este es el caso, por ejemplo, de una pareja casada, en la que ambos son estériles y ella no tiene capacidad para gestar. Para satisfacer su derecho a procrear, recurren a una FIV con el semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen, y un óvulo de una donante anónima, también depositado previamente en un banco de óvulos. Además, recurre a una madre de alquiler en cuyo organismo se lleva a cabo la TE y la gestación completa del hijo.

Supuesto de una maternidad legal, o supuesto de una filiación legal por parte de madre (aquí también se puede hablar de una filiación adoptiva prenatal por parte de madre):

- a) En la FIV con TE y en la TIG: cuando se implanta en el organismo de una mujer soltera un preembrión que se ha obtenido tras la combinación del semen de un donante anónimo y un óvulo de una donante anónima. Este puede ser el caso, por ejemplo de una mujer soltera, estéril y con capacidad para gestar. Para satisfacer su derecho procrear puede recurrir a una FIV con el semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen, y un óvulo de una donante anónima, previamente depositado en un banco de óvulos, con TE en su organismo, que también llevará a cabo la gestación completa del hijo.
- b) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una donante anónima con el semen de un donante anónimo, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad, en favor de una mujer soltera. Este puede ser el caso, por ejemplo de una mujer soltera, estéril y sin capacidad para gestar. Para satisfacer su derecho procrear puede recurrir a una FIV con el semen de un donante anónimo, previamente depositado en un banco de semen, y un óvulo de una donante anónima, previamente depositado en un banco de óvulos. Además, recurre a una madre de alquiler en cuyo organismo se lleva a cabo la TE y la gestación completa del hijo.

Supuesto de paternidad legal, o supuesto de filiación legal por parte de padre (aquí también se puede hablar de una filiación adoptiva prenatal por parte de padre):

- a) En la MS: cuando se fecunda el óvulo de una donante anónima con el semen de un donante anónimo, y el preembrión se implanta en el organismo de una mujer gestante que renuncia a la maternidad, en favor de un hombre soltero. Este podría ser el caso de un homosexual sin pareja que padece alguna clase de esterilidad y que recurre a un banco de semen, a un banco de óvulos y a una madre de alquiler para tener su hijo.

Llegados a este punto, lo más oportuno es permitir al lector que juzgue por sí mismo esta clasificación y decida cuál es la conclusión final más razonable. A mí se me ocurren dos posibilidades:

- O es el resultado de una mente inquieta y caprichosa algo inclinada a imaginar situaciones más propias de una novela de ciencia-ficción que de la realidad social en la que vivimos.
- O, por el contrario, nos adelanta el panorama de los vínculos familiares que se establecerán entre padres e hijos dentro de no demasiado tiempo.

Bibliografía citada

- CARCABA FERNÁNDEZ, María (1995), *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, J.M. Bosch, Barcelona, pp. 190.
- COSTA-LASCOUX, Jacqueline (1993), «Mujer, procreación y bioética» (pp. 589-607), en AA.VV., *Historia de las mujeres en Occidente. Tomo V (El siglo XX)*, dirección de la obra a cargo de Georges Duby y Michelle Perrot, traducción de Marco Aurelio Galmarini, Taurus, Madrid.
- DE LEON ARCE, A. (1988), «La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana» (pp. 257-267), en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp. 430.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994), *El derecho a la reproducción humana*, prólogo de Antonio Torres del Moral, Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, pp. 204.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y MASSIGOGE BENEIGU, J.M. (1994), *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, prólogo de Xavier O'Callaghan Muñoz, Dykinson, Madrid, pp. 166.
- MERINO GUTIERREZ, A. (1988), «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida» (pp. 269-284), en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp. 430.
- MONTES PENADES, V.L. (1988), «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción asistida» (pp. 187-215), en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp. 430.
- ROCA TRIAS, E. (1988), «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional» (pp. 17-46), en AA.VV., *Congreso de filiación. La filiación a finales del*

siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp. 430.

VILLARROYA, Sergio (1992), «Comentario a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988, de 22 de noviembre», en AA.VV. *Técnicas de reproducción asistida y derechos del menor*, Facultad de Derecho de Valencia, Valencia, pp. 170.