



GESTACIÓN SUBROGADA, TRASPLANTE DE ÚTERO Y ÚTERO ARTIFICIAL: APROXIMACIONES DESDE EL BIODERECHO

SURROGACY, UTERUS TRANSPLANTATION AND ARTIFICIAL UTERUS: APPROACHES FROM THE BIOLAW

MARÍA VALLE ROBLES

Grupo de Investigación Transhumanismo, Posthumanismo y Postfeminismo: análisis interdisciplinar, filosófico y bioético.

Instituto de Bioética de la Universidad Francisco de Vitoria (Madrid).

Contacto: maria.valle@ufv.es

Resumen:

Palabras clave:

Derechos reproductivos, derecho al hijo, gestación subrogada, ectogénesis, trasplante de útero, transhumanismo.

Recibido: 20/01/2021

Aceptado: 15/06/2021

Han transcurrido más de cuarenta años desde el nacimiento del primer bebé mediante fecundación in vitro y desde entonces las innovaciones técnicas en el campo de la reproducción humana no han hecho más que avanzar a un ritmo vertiginoso. Aquellos primeros recursos, han dado paso a prácticas que abren las puertas a nuevas formas de reproducción que permiten superar los límites biológicos del ser humano. Los recientes avances en edición genómica —en especial la tecnología CRISPR/Cas9— unidos al cada vez más amplio catálogo de técnicas reproductivas, han precipitado en los últimos años un intenso debate ético, social y jurídico sobre los límites de los nuevos modelos de reproducción humana, y sus posibles consecuencias. La diversidad de intereses jurídicos contrapuestos sugiere que la aplicación de estas técnicas debería operar entre el respeto a la ley, la defensa de los derechos humanos de todos los agentes que intervienen en el proceso —o directamente son objeto de las mismas— y la libertad de investigación científica. El presente trabajo pretende abordar las diversas implicaciones éticas y los límites jurídicos de tres técnicas de reciente —o futura— irrupción en el panorama reproductivo, muy discutidas en los últimos tiempos: gestación subrogada, trasplante de útero y útero artificial.

Abstract:

Keywords:

Reproductive rights, surrogacy, ectogenesis, uterus transplantation, transhumanism.

More than forty years after the first baby's birth through in vitro fertilization, innovations in the field of human reproduction have experienced a significant growth increase. Those first techniques have led evolved to others that push the biological limits of reproduction. Recent developments in genomic editing — particularly, CRISPR/Cas9 technology— had led an intense ethical, social and legal discussion about the boundaries limits of the new models of human reproduction, and their consequences in recent years. The number of conflicting legal interests suggests that the application of these techniques must combine the respect for the law, the defense of the human rights of all the agents involved in the process, and the freedom of scientific research. The present paper tries to deal with the diverse ethical implications and legal limits of three of those techniques, recently developed or to be developed in the near future: surrogacy, uterus transplantation and artificial uterus.

1. Consideraciones previas: ¿derechos reproductivos o derecho al hijo?

En los últimos años se ha venido discutiendo acerca de los derechos y límites reproductivos, y más concretamente, sobre el presunto *derecho al hijo*, entendido como legítima aspiración de aquellos que deciden tener descendencia.

Este debate, todavía reciente, surgió en su momento como argumento legitimador de las técnicas de reproducción humana asistida, y ha regresado con fuerza en relación con determinados procesos médicos o científicos que, valiéndose de estas técnicas, podrían soslayar los derechos e intereses de terceros, como parece suceder en el caso de la gestación subrogada.

Pero, ¿existe verdaderamente un *derecho al hijo*?, ¿forma parte de los derechos reproductivos?, ¿cuáles son sus límites?

En el contexto internacional, los principales textos en el ámbito de los derechos humanos no incluyen ninguna mención a los derechos reproductivos¹, si bien todos ellos contemplan el respeto a la vida privada y el derecho a la familia, así como la obligación de la sociedad y el Estado de proporcionar protección a la misma, en tanto elemento natural y fundamento de cohesión social.

En los mismos términos se pronuncia nuestra Constitución, que en su artículo 39 CE reconoce el deber de proteger a la familia y a los hijos, pero no la existencia de un derecho a la maternidad o la paternidad².

El término *derecho reproductivo* fue formulado por primera vez de forma expresa en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Beijing en 1995.

En concreto, el texto de la Declaración y Plataforma de Acción de la Conferencia de Beijing dispone en su apartado 72.j:

1 Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 (artículos 8 y 12), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 8 y 12) y Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1996 (artículos 17 y 23).

2 Constitución Española, BOE nº 311 de 29 de diciembre de 1978, artículo 39, “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

“[...] los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.

Esta declaración, sin embargo, no identifica los —*ciertos*— derechos humanos a los que se refiere, y que sustentarían el reconocimiento de ese derecho a la reproducción, ni enumera los textos o leyes internacionales que los recogen, por lo que no es sencillo trazar su origen exacto.

En cuanto al alcance de estos derechos reproductivos, el mismo párrafo antes citado continúa afirmando:

“[...] también incluyen su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia”.

A la vista de lo anterior, cabe preguntarse si estos derechos fueron concebidos con la finalidad de sustentar el derecho a procrear, o con el objetivo opuesto de servir de instrumento legitimador para el control de la natalidad.

En palabras de Fernández Ruiz-Gálvez³ “en su origen, estos derechos reproductivos tenían una finalidad

3 Fernández Ruiz-Gálvez, E. “Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿autonomía o sujeción?”. En *La humanidad in vitro*. Ballesteros, J. (coord.), Comares, Granada, 2002, pp. 159-173.

defensiva: a) defender a las mujeres de la agresión a su libertad consistente en imponerles la maternidad contra su voluntad; b) excluir las intromisiones de los poderes públicos en este ámbito de la intimidad de la pareja, el de las decisiones relativas a la procreación ya sea imponiéndola o limitándola. Insensiblemente se han convertido en un derecho a la reproducción con el que ya no se trata de defenderse de una agresión, sino de alcanzar un resultado: engendrar una vida humana por cualquier medio y a toda costa”.

Encontramos que es en aquellos entornos —del primer mundo— cuyo principal problema es la baja tasa de natalidad —y no siempre su promoción por los poderes públicos— en los que surge el interés por vincular la libertad de reproducción con el derecho al hijo, aunque esto resulte discutible por diversas causas —médicas, biológicas o sociales—, sobre las que más adelante nos detendremos. «»

Por otra parte, si bien las *Declaraciones* de los organismos internacionales tienen la consideración de normas de *soft law* y en consecuencia no resultan vinculantes, sí contienen una suerte de pautas de conducta moral que se espera sean posteriormente incorporadas —de una manera u otra— a los ordenamientos jurídicos de los Estados que apoyan estos instrumentos.⁴

Este es el caso de en nuestra Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que en su Exposición de Motivos incorpora parte del texto de la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, y cita que «los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual

y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia». Sin embargo, incluso aunque estos principios pudiesen inspirar esta u otra norma, no puede inferirse en modo alguno la existencia de un *derecho al hijo* reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, máxime cuando no se encuentra consagrado en nuestra Constitución como Derecho Fundamental⁵.

La mayoría de la doctrina se muestra conforme con esta postura⁶, si bien en opinión de otros, como Presno Linera⁷, es posible vincular parte del contenido de los derechos reproductivos con determinados aspectos de los artículos 15 CE y 18.1 CE, que consagran el derecho a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar, respectivamente. Estaríamos ante un “*derecho complejo, implícito y derivado, garantizado por medio de diversas libertades y prestaciones*”. Ese conjunto de derechos, libertades y prestaciones, en el ámbito que nos ocupa, podrían resumirse en:

- Libertad para decidir tener hijos biológicos —o para no tenerlos—.
- Derecho a acceder a técnicas de reproducción asistida, dentro de los supuestos previstos en la ley.
- Derecho al diagnóstico genético preimplantacional, en los casos legalmente establecidos.
- Derecho a que se reconozca la filiación derivada de una gestación subrogada celebrada en el extranjero, en los casos y condiciones reconocidos por los tribunales y administraciones públicas;
- Derecho, aunque con límites, a prestaciones públicas —sanitarias, económicas, laborales, fiscales, etc.— derivadas de los anteriores derechos.

4 Una crítica sobre la influencia de estos instrumentos de *soft law* en Sánchez Cáceres, L.F. “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 39, 2019, p. 468-488. En palabras del autor: “[...] es posible llegar a afirmar, sin temor a equivocarse, que estas instituciones han impuesto un buen número de medidas que, además de ser cuestionadas por su más que dudosa idoneidad para la resolución de controversias, no han contado en numerosas ocasiones con la aprobación mayoritaria de la población, pero, sin embargo, han sido refrendadas sin grandes debates por parte de los gobiernos de los diferentes Estados”.

5 Cuando nuestro ordenamiento jurídico se ocupa de regular y proteger las circunstancias que rodean a la maternidad o paternidad desde múltiples ámbitos —sanitario, laboral, social o económico— no está elevando a la categoría de derecho esta realidad. Un extenso y brillante trabajo sobre los derechos reproductivos en la legislación española en Crevillén Verdet P. *La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2017.

6 En este sentido, Igareda González, N. “El hipotético derecho a la reproducción”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2011, p. 252-271.

7 Presno Linera, M.A. [Publicación en línea] “¿Hay “derecho” a tener hijos?, ¿y a no tenerlos?” *El Derecho y el Revés*, octubre de 2019. <<https://presnolinera.wordpress.com/2019/10/09/hay-derecho-a-tener-hijos-y-a-no-tenerlos/>>.

No obstante, aun reconociendo la existencia de determinadas prestaciones relacionadas con los derechos reproductivos, que no el derecho absoluto a la maternidad o paternidad, debemos recordar que nuestra Constitución consagra en su artículo 10.1 CE la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamento del orden político y de la paz social. En consecuencia, y particularmente cuando hablamos de reproducción, los derechos de unos deben encontrar su límite en la dignidad, los derechos fundamentales y el interés superior de aquellos otros que pueden verse perjudicados por su ejercicio, especialmente la gestante, cuando hablamos de gestación subrogada, y el menor, en cualquier caso.

2. Gestación subrogada, trasplante de útero y útero artificial: una aproximación ética y jurídica

2.1. Gestación subrogada

En materia de reproducción no hay fenómeno que haya generado más controversia en los últimos años que el de la gestación subrogada. Si bien durante un tiempo resultó una práctica residual, en los últimos años ha ido ganando protagonismo de la mano del avance de las técnicas de reproducción asistida y de la globalización.

Se entiende por gestación subrogada el acuerdo en virtud del cual se pacta gestar un bebé —en sustitución de otra mujer que no puede o no quiere hacerlo— con la intención de entregarlo tras el parto a una o varias personas que ostentan, o no, vínculo genético con el niño.

Aunque se han venido utilizando diversas denominaciones —*maternidad subrogada*, *maternidad por sustitución*, *vientre de alquiler* o *alquiler de útero*— en la actualidad existe cierto consenso en la utilización del término *gestación subrogada*, aunque tampoco resulta del todo pacífico, ya que la subrogación implica legalmente sustituir o poner a una persona en el lugar de otra, y esto solo sucede en este caso a partir del nacimiento. Lo que se pretende subrogar con esta práctica no es la gestación, sino la relación filial legalmente establecida por el parto.

Por su parte, el legislador denomina a esta técnica *gestación por sustitución* atendiendo a la propuesta contenida en el Informe Palacios⁸ emitido en 1986 por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios), documento precursor de la posterior Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, término que aún hoy se mantiene en la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo del mismo nombre.

En España la gestación subrogada se encuentra regulada desde el año 1988 por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que, en su artículo 10 disponía: "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 a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Esta ley fue parcialmente modificada por la ley 45/2003 y posteriormente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, vigente en la actualidad y que ha permanecido invariable respecto de la naturaleza o efectos del negocio jurídico entre la gestante subrogada y los progenitores comitentes contenidos también en su artículo 10.

A nivel internacional la regulación de la maternidad subrogada está sometida a una casuística legal enorme, lo que no hace sino incrementar la inseguridad jurídica. Esta diversidad normativa ha suscitado la búsqueda por los ciudadanos de la regulación internacional más favorable —en España es nulo celebrar contratos cuyo objeto sea la gestación por tercero, pero es perfectamente posible acudir al extranjero con esa finalidad—. Esto provoca que los Estados con legislaciones menos permisivas, como la nuestra, se encuentren en la tesitura de tener que aceptar y dar una solución jurídica de facto a los problemas de filiación derivados del nacimiento fuera de sus fronteras de estos niños. Sin entrar en los aspectos formales y materiales del negocio jurídico (elementos y naturaleza del contrato, eficacia, régimen de responsabilidad, incumpli-

⁸ Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones n° 280, 10 de octubre de 1986.

miento, etc.), lo cierto es que la falta de un acuerdo de mínimos a nivel internacional para tratar de regular esta práctica facilita la vulneración de los derechos e intereses de las mujeres gestantes y de los niños.

A pesar de sus variables⁹, la cuestión nuclear de esta técnica es la posibilidad de desligar la gestación de los efectos legales de la maternidad, presunción que se ha mantenido inmutable a lo largo de la historia en aplicación del principio *mater semper certa est*, otorgando los derechos de filiación del bebé a favor de otra mujer, que podrá ser su madre biológica o no (pueden llegar a coexistir madre biológica, madre gestante y madre legal).

Desde la perspectiva ética lo que está en juego es la comercialización e instrumentalización de la dignidad de la mujer gestante y del niño. Como hemos visto, la dignidad de la persona constituye el fundamento del orden político y de la paz social —artículo 10 CE— y se configura como fuente y origen de los derechos fundamentales, en consecuencia, la dignidad de la persona no puede ser objeto del tráfico jurídico¹⁰.

En el caso del niño, el hecho de que su nacimiento —su vida— constituya el objeto mismo del contrato deslegitima el negocio jurídico, no es posible transar con derechos o cosas que se encuentran fuera del tráfico jurídico (*rex extra commercium* —artículo 1271 CC). El interés superior del menor, consagrado en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas¹¹ y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹² no

9 Atendiendo a sus formas, podemos clasificar la gestación subrogada en función de los siguientes criterios principales: la finalidad onerosa o gratuita de la gestante; el origen de la dotación genética del niño; el tipo de comitentes; la causa por la que se recurre a la subrogación; el fuero de comitentes y gestante; el tipo de relación jurídica que se establezca entre las partes y otros aspectos técnicos o jurídicos.

10 En este sentido, Herrán Ortiz, A.I. "Aproximación ética y jurídica a la gestación subrogada: a vueltas con el conflicto entre derechos y deseos". En *Gestación subrogada, principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Evolución y consideraciones (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 267-302.

11 ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989, BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 3890. Artículo 3.1: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

12 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, BOE nº 15. Artículo 2 "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito

debería ser solo argumento para conseguir la inscripción registral de la filiación a favor de los comitentes, sino principio rector *ad cautelam* de cualquier decisión o negocio jurídico que le pudiese llegar a afectar.

Desde la óptica de la gestante, esta práctica supone la mercantilización de su cuerpo —incluso en el supuesto de subrogaciones altruistas— despojarla de su capacidad para tomar decisiones sobre su salud durante la gestación —privación parcial o total de voluntad— y someterla a las reglas del mercado, con el consiguiente peligro para aquellas mujeres de entornos o países más desfavorecidos.

2.2. Trasplante de útero

En España se estima que alrededor de 3.000 mujeres en edad fértil padecen esterilidad uterina absoluta, bien sea a causa de la ausencia congénita de este órgano, de una esterilidad sobrevenida causada por su extracción terapéutica o debido a la disfuncionalidad total del mismo. No existe por el momento ningún tratamiento disponible en estos casos que restaure la función reproductiva, por lo que estas mujeres están privadas de la posibilidad de llevar a cabo una gestación.

En este contexto, el trasplante de útero se presenta como una alternativa terapéutica aceptable, sin las connotaciones negativas de la gestación subrogada. Una intervención a caballo entre el trasplante y las técnicas de reproducción asistida no exenta de dudas de carácter ético, jurídico, sanitario y social.

En España, el trasplante de órganos se encuentra regulado por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, que despliega en solo siete artículos el marco normativo básico en materia de cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplantes de órganos. Actualmente esta norma se encuentra desarrollada por el Real Decreto 1723/2012, por el que se regulan las actividades de ob-

público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor".

tención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante, y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

El régimen legal será distinto según hablemos de donante viva o donante cadáver. Nos centraremos en la regulación de la donación de órganos de vivo¹³ a propósito del primer trasplante de útero reportado el pasado 10 de diciembre de 2020 en España, realizado en Barcelona. En concreto, el trasplante se logró mediante la donación entre dos hermanas, una afectada por el síndrome de Mayer-Rokitansky, que implica agenesia uterina congénita, y la otra todavía en edad fértil, madre de un niño, que renunció al órgano y a futuros embarazos a favor de la primera.

La primera controversia la encontramos en la propia autorización del trasplante. A pesar de las reiteradas solicitudes por parte del hospital, la propuesta no obtuvo el informe favorable —aunque no vinculante— de la Comisión de Trasplantes del Consejo Interterritorial¹⁴ ni del Comité de Ética de la Organización Nacional de Trasplantes. ¿Fue entonces ajustado a Derecho el trasplante?, aparentemente lo fue, puesto que el Estado, a través de los Ministerios de Sanidad —al que se adscribe

la Organización Nacional de Trasplantes— y de Ciencia e Innovación, ostenta poco más que las facultades de coordinación y promoción de las líneas de actuación conjuntas en la materia, por estar asumidas las competencias ejecutivas y de gestión por las distintas comunidades autónomas.

Si bien el trasplante fue autorizado por el organismo catalán competente, y en consecuencia debe presuponerse correcto desde el punto de vista jurídico, lo cierto es que este caso abre una brecha en la unidad de criterio que hasta el momento parece haber existido en España a la hora de abordar el reto de nuevos trasplantes. Esta discrepancia plantea la duda de si solo determinados pacientes podrán —al menos de momento— tener acceso a este tratamiento, salvo que opten por acudir a centros hospitalarios fuera de su lugar de residencia, con el consiguiente gravamen económico, familiar, social y laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico, los principios ético-legales que rigen la obtención y la utilización clínica de órganos humanos son los de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad¹⁵, de forma que no sea posible obtener recompensa económica por la donación de ninguna parte del cuerpo humano. Estos principios coinciden con los de la bioética *principalista*¹⁶ definidos como autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia. Todos ellos se concretan en nuestro ordenamiento jurídico en un sistema de garantías que permite ponderar el equilibrio entre los distintos bienes jurídicos protegidos —donante, receptor— y los valores constitucionales en conflicto: derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE).

Desde el punto de vista de la donante viva, la técnica conlleva la pérdida de un órgano y de la capacidad biológica intrínseca al mismo, es decir, implica infertilidad absoluta irreversible. No estamos ante el caso de

13 El Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, BOE nº 313, dispone en su artículo 8 los requisitos para que se autorice la donación de vivo:

a) *El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado. No se autoriza la donación de menor de edad ni con la autorización de sus padres o tutores. A estos efectos, la mayoría de edad será la prevista en la Código Civil (18 años), y no la mayoría de edad sanitaria (16 años).*

b) *Debe tratarse de un órgano, o parte de él, cuya obtención sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.*

c) *El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, de los riesgos, para sí mismo o para el receptor, así como de las posibles contraindicaciones. [...] El donante debe otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.*

d) *El donante no deberá padecer o presentar deficiencias psicológicas, enfermedad mental o cualquier otra condición por la que no pueda otorgar su consentimiento en la forma indicada.*

e) *El destino del órgano obtenido será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.*

14 La Comisión de Trasplantes ya se había pronunciado en sentido negativo sobre la posibilidad de realizar este trasplante en el año 2016, y había vuelto a rechazar la intervención alegando las posibles complicaciones médicas para donante y receptor, el hecho de que el injerto procediese de donante viva en edad fértil y la actual situación de pandemia por COVID19 en España.

15 Martínez, K. "Algunos aspectos éticos de la donación y el trasplante". *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, nº 29 (supl. 2), 2006, p. 15-24.

16 Beauchamp T., Childress J. *Principios de ética médica*. Masson, 1999.

la donación en vivo de un riñón o de parte del hígado, pues en ambos casos el donante mantiene las funciones vitales propias del órgano trasplantado. Este es uno de los aspectos que más debate suscita, la pérdida de un órgano sano se podría considerar un perjuicio para la salud de la donante, ¿es ético causar perjuicio a la una para beneficiar a la otra?

Si bien el proceso es siempre altruista para ambas partes, —al contrario de lo que sucede en la gestación subrogada— la donante puede sufrir menoscabos económicos, laborales, sanitarios y familiares derivados de la intervención —cerca de 10 horas de quirófano— y del consiguiente tiempo de convalecencia, de los que debe ser debidamente informada y que debe consentir expresamente.

Si además de lo anterior, la donante está en edad fértil, se deberá evaluar su capacidad para renunciar conscientemente a su función reproductiva ponderando los intereses de todas las partes intervinientes.

Desde el punto de vista de la receptora, el trasplante supone el implante de un órgano con carácter temporal, no destinado a suplir o restaurar una función vital. Es evidente que implica una importante mejora de su calidad de vida, y particularmente de su bienestar psíquico, si bien no está exento de riesgos. Debe someterse a una compleja intervención quirúrgica, y a un postoperatorio complicado en el que pueden aparecer infecciones, problemas circulatorios y rechazo al injerto, y también a un proceso de fecundación in vitro para posibilitar el embarazo. Además, la receptora deberá someterse a un tratamiento inmunosupresor durante el tiempo que se mantenga el órgano, lo que puede traducirse en efectos secundarios graves y enfermedades derivadas del tratamiento¹⁷.

Este trasplante, además, puede afectar de manera directa a la salud de una tercera persona ajena al donante y el receptor. El trasplante de útero asegura al futuro bebé la coincidencia entre madre gestante y madre legal, pero también mayores probabilidades

de bajo peso al nacer y prematuridad derivados del tratamiento inmunosupresor al que estará sometida la receptora durante el embarazo. Estos riesgos, al parecer, no son mayores que en las gestaciones de mujeres trasplantadas de otros órganos¹⁸. La diferencia en este caso es la motivación del trasplante —posibilitar la gestación y no la supervivencia de la receptora— lo que generaría dudas sobre la necesidad de someter al feto a los posibles efectos adversos derivados de esa medicación.

2.3. Útero artificial

Según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se estima que alrededor de 15 millones de niños nacen cada año en todo el mundo de forma prematura, esto es, antes de la semana 37 de embarazo.

Si bien la tasa de supervivencia de estos niños ha mejorado mucho en los últimos años debido a las mejoras de los cuidados intensivos neonatales, la prematuridad sigue hoy en día asociada a un alto índice de mortalidad y morbilidad. Cada año, cerca de un millón de niños prematuros morirá antes de cumplir su primer año de vida, y un alto porcentaje de los sobrevivientes padecerá distintos grados de discapacidad o enfermedades asociadas, especialmente entre aquellos considerados prematuros extremos, que son los nacidos antes de la semana 28 de embarazo¹⁹.

El consenso médico fija el límite de viabilidad de un feto humano en la semana 23 o 24 de embarazo, momento que implica en la mayoría de las legislaciones la aplicación de técnicas de reanimación y cuidados intensivos, y en torno al cual se desarrollan otras normas, como las de interrupción voluntaria del embarazo.

El principal problema de estos prematuros extremos se debe a su inmadurez pulmonar y a la incapacidad

17 Aguilar Crespo, A., Escrig Estrems, J., Pamplona Bueno L., Quinzá Redondo M.J., Díaz García C., "El trasplante de útero: una puerta abierta a la posibilidad de tener hijos". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 35, 2017, pp. 215-233.

18 Pallardó L.M., Crespo J.F., "Embarazo y trasplante renal: luces y sombras". *Revista Española de Nefrología*, vol. 28, n.º 2, 2008, p.148-150. También, Díaz Gómez J.M., Canal C., Giménez I., Guirado L., Facundo C., Solà R., Ballarín J., "Embarazo en receptoras de trasplante renal: efectos en la madre y en el niño". *Revista Española de Nefrología*, vol. 28, n.º 2, 2008, p. 174-177.

19 Organización Mundial de la Salud, Alianza para la Salud de la Madre, el Recién Nacido y el Niño, Save the Children, (2012). "Nacidos demasiado pronto: informe de acción global sobre nacimientos prematuros, 2012".

para regular funciones vitales básicas fuera del entorno materno. Bajo la premisa de mejorar los cuidados intensivos neonatales, y de mejorar las posibilidades de supervivencia y morbilidad de estos pacientes, varios equipos de investigación llevan años trabajando en diversos prototipos de incubadoras mejoradas, muy cercanas al concepto de útero artificial por sus características y prestaciones.

Si bien los primeros intentos por conseguir desarrollar fetos fuera del claustro materno los encontramos en la década de 1960, no fue hasta 1980 cuando se consiguió mantener un feto animal con vida durante varios días en un entorno artificial²⁰. Recientemente, un equipo de investigación del Centro de Investigación Fetal del Hospital Pediátrico de Filadelfia, liderado por el Dr. Alan W. Flake, consiguió en 2017, desarrollar durante cuatro semanas fetos de cordero a través un sistema de soporte vital intrauterino basado en una *biobag*, dotada de un mecanismo similar al placentario y un cordón umbilical artificial por el que los fetos obtuvieron el oxígeno y nutrientes necesarios hasta asegurar su viabilidad²¹. La intención es ofrecer una posibilidad real de supervivencia a los prematuros extremos, permitiendo su óptimo desarrollo físico y neurológico hasta el entorno de las semanas 28 o 29 de gestación, momento en el que el feto sería trasladado a un equipo soporte de cuidados intensivos neonatales —una incubadora—.

Puesto que no se plantea el desarrollo embrionario y fetal completo fuera del seno materno, la mayoría de la doctrina científica denomina a esta nueva técnica como ectogestación, y no como ectogénesis²².

A la vista de estos resultados, la comunidad científica espera poder comenzar los ensayos en humanos lo antes posible, con la esperanza de que sea una realidad en la

próxima década. A su vez, estos avances han avivado las aspiraciones de aquellos que creen que el futuro reproductivo de la humanidad pasa por la ectogénesis, es decir, el desarrollo completo de un embrión y feto en el entorno de útero artificial, prescindiendo del seno materno.

El término ectogénesis fue introducido por el genetista y biólogo John Burdon Sanderson Haldane en 1924, que auguró que en el año 2074 únicamente el 30% de los nacimientos procederán del útero materno²³. Parte de sus ideas tuvieron una amplia influencia en la literatura de ficción posterior, y particularmente, en la obra de Aldous Huxley, autor de *Un mundo feliz* y en la de su hermano, Julian, primer director de la UNESCO, que en 1957 define el término transhumanismo²⁴. Este movimiento intelectual, cultural y científico defiende la necesidad —auspiciada más adelante a obligación moral por algunos autores²⁵— de utilizar la ciencia y las nuevas tecnologías para lograr el mejoramiento físico y cognitivo de la especie humana, con el fin de evitar aspectos indeseados de su condición: el sufrimiento, la enfermedad, el envejecimiento e incluso su condición mortal²⁶.

Este mejoramiento, que ya es una realidad, se vale de distintos métodos —médicos, farmacológicos, psicológicos, etc.— pero son las técnicas de reproducción asistida, y las nuevas herramientas de diagnóstico y edición genómica, las que resultan imprescindibles para conseguir sus objetivos.

Pero, ¿es factible científicamente el desarrollo de embriones humanos fuera del seno materno?, y de serlo, ¿qué consecuencias tendría, no solo para los agentes implicados, sino para el conjunto de la sociedad?

23 Haldane, J.B.S., *Daedalus or Science and the Future*. Kegan Paul, Trench Trubner & Co, 1923.

24 Huxley, J. *Transhumanism*. Chatto & Windus. 1957, pp. 13-17.

25 Esta idea se contiene en el principio de *Beneficencia Procreativa*, desarrollado por Julian Savulescu de la siguiente manera: “si las parejas (o reproductores individuales) deciden tener un hijo, y la selección es posible, existe una razón moral significativa para elegir a aquel de cuya vida se puede esperar, en función de la información disponible más relevante, una vida mejor, o al menos no peor, de la que tendría cualquier otro”. Savulescu J. “Procreative beneficence: why we should select the best children”. *Bioethics*, nº 15 (5-6), 2001, p. 413-26.

26 Una reflexión bioética acerca de las intervenciones planeadas por el transhumanismo y el *enhancement* o mejoramiento humano en Postigo Solana, E. “Bioética y transhumanismo desde la perspectiva de la naturaleza humana”, *Arbor*, nº 195 (792), 2019, a507.

20 En enero de 1988 un equipo de investigación liderado por el Dr. Yoshinori Kuwabara, de la Facultad de Medicina de la Universidad de Tokio, consiguió mantener con vida y desarrollar un feto de cabra durante 10 días mediante un dispositivo artificial.

21 Solerte M.L. “Artificial uterus —research background to improve survival and outcome of extremely low birth weight newborns”. *Journal of Gynecological Research and Obstetrics*, nº 6 (3), 2020, p. 67-71.

22 Di Stefano, L., Mills C., Watkins A., Wilkinson D. “Ectogestation ethics: The implications of artificially extending gestation for viability, newborn resuscitation and abortion”. *Bioethics*, 2020, 34, p. 371-384.

Desde hace casi medio siglo los científicos son capaces de crear y desarrollar embriones fuera de su hábitat natural, esto es, el cuerpo de una mujer. La fecundación *in vitro* consiste en el encuentro artificial entre los gametos femenino y masculino para su posterior colocación en el útero materno, donde terminará su desarrollo. También son capaces los médicos de procurar a los nacidos antes de término —pero dentro del límite de viabilidad anteriormente citado— los cuidados necesarios para mantenerlos con vida y conseguir su adecuado desarrollo. Sin embargo, la mayoría de la comunidad científica no ve realista en la actualidad poder desarrollar un embrión de principio a fin fuera del seno materno, no existe por el momento artefacto capaz de aproximarse a los complejos mecanismos físicos y biológicos propios del útero materno, por no hablar de la especial relación afectiva que se crea entre la gestante y el feto durante los meses de embarazo, cuyos beneficios para ambos han sido ampliamente estudiados y probados²⁷. No se ha podido determinar el impacto que esta técnica tendría en el feto, ni comparar los resultados a medio o largo plazo de la ectogénesis frente a la gestación natural.

Por otra parte, la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el español, sancionan el uso o desarrollo artificial de embriones por encima del umbral de las dos semanas. Así, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone en su artículo 2.2 que *“se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”* y en su artículo 15, dedicado a la utilización de preembriones

27 La teoría del apego sugiere que los niños vienen al mundo biológicamente programados para formar vínculos con los demás, porque esto les ayudará a sobrevivir. El principal vínculo afectivo y el más persistente de todos es el que se establece entre la madre y el recién nacido, siendo este vínculo la base sobre la cual se desarrollarán otros [...] las experiencias de apego (vínculo materno-filial) desfavorables podrían repercutir negativamente en el niño. En este sentido, Oliva Delgado, A. “Estado actual de la teoría del apego”. *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*, nº 4(1), 2004, p. 65-81 y Moneta M.E. “Apego y pérdida: redescubriendo a John Bowlby”. *Revista Chilena de Pediatría*, nº 85(3), 2014, p. 265-268.

con fines de investigación, establece que solo estará autorizado el uso de los embriones sobrantes a tal fin cuando *“el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado”*. La inobservancia de esta regla está calificada como infracción muy grave, tipificada con multa de 10.001 euros hasta un millón de euros que podrá ir acompañada de la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.

Al margen de su viabilidad, las implicaciones éticas, antropológicas, sanitarias y jurídicas serían notables. Se desligaría la condición humana —a las mujeres— de todas las fases del proceso reproductivo, que pasaría a estar al alcance de cualquiera al margen de su naturaleza —sexo— o circunstancias —edad—. Se alteraría la estructura familiar, y el estatus social de la mujer se vería seguramente perjudicado, pues aquellas que optasen por un embarazo y parto tradicional se percibirían como poco rentables desde el punto de vista sanitario, económico y laboral. Tampoco están previstas soluciones respecto del régimen de guarda o tutela legal en caso de desistimiento, separación o divorcio, o muerte sobrevinida de los comitentes cuando no exista vínculo genético con el feto, o sobre el régimen de responsabilidad en caso de muerte perinatal, defectos o daños físicos producidos al feto por el uso de esta técnica.

3. Conclusiones

El ámbito de la reproducción humana ha experimentado en el último medio siglo una revolución sin precedentes de la mano de las técnicas de reproducción asistida. A los primeros tratamientos se han incorporado en los últimos años nuevos fenómenos y técnicas derivadas que suponen un verdadero desafío ético, jurídico, social y médico. Esta amplia oferta no responde sino a las demandas de la sociedad, que exige soluciones a medida de las llamadas *nuevas realidades familiares*.

Mientras la natalidad desciende año tras año, el número de nacimientos ocurridos mediante técnicas de reproducción asistida no ha hecho más que aumentar en

los últimos tiempos²⁸. A nivel europeo, España se sitúa a la cabeza en número de ciclos y tratamientos de reproducción asistida realizados, con un incremento del 28% en los últimos cinco años. Según cifras del último informe del Ministerio de Sanidad y de la Sociedad Española de Fertilidad, más del 9% de los nacimientos anuales son fruto de alguna de estas técnicas²⁹.

El Derecho no ha conseguido proporcionar por el momento una respuesta satisfactoria a la mayor parte de los retos que estas realidades suscitan. La solución no es sencilla, pues se trata de conjugar bienes jurídicos e intereses contrapuestos, que encontramos en distinta medida en las tres realidades analizadas.

En el caso de la gestación subrogada se contraponen el supuesto derecho al hijo y otras prestaciones derivadas de los derechos reproductivos, con los derechos fundamentales, la dignidad y el interés superior del menor y la gestante, que deberían prevalecer por encima de otras consideraciones. En este sentido, el Comité de Bioética de España, en su informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada³⁰ incluye, como propuesta de *lege ferenda* llegado el caso, las siguientes recomendaciones:

- Procurar la efectiva nulidad de los contratos de gestación subrogada celebrados en el extranjero. En la actualidad se asumen los efectos derivados del contrato nulo, es decir la inscripción de la filiación del niño a favor de los padres de intención, en respuesta al criterio jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹

28 Según datos del International Committee Monitoring Assisted Reproductive Technologies, hasta el año 2016 se habían producido cerca de ocho millones de nacimientos en todo el mundo mediante técnicas de reproducción asistida, de los que un 32%, han ocurrido en Europa.

29 Ministerio de Sanidad. Los tratamientos de reproducción asistida en España aumentan un 28% en los últimos 5 años. Nota de prensa, 1 de octubre de 2020.

30 Comité de Bioética. Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017.

31 En la Opinión Consultiva de 10 de abril de 2019, a instancia de la Corte de Casación Francesa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto "1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima"; 2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento

y en aplicación de las instrucciones del Ministerio de Justicia³².

- Negociar, en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas conjuntas encaminadas a prohibir y sancionar los contratos de gestación subrogada, evitando de esta manera el llamado turismo reproductivo.

- Garantizar, durante y después, la seguridad jurídica de los menores nacidos por estas técnicas, procurando que la determinación de su filiación se produzca al amparo de la doctrina emanada del Tribunal Supremo.

Por su parte, el trasplante de útero constituye hoy en día una técnica quirúrgica todavía por desarrollar que suscita dudas importantes. Hasta la fecha se han reportado cerca de 70 trasplantes de útero y alrededor de 20 nacidos vivos en todo el mundo mediante esta práctica, por lo que no está clara la efectividad del método en comparación con los riesgos que implica. En España habrá que esperar para saber si se repite ese tipo de trasplante, o si el realizado en Cataluña se convierte en la excepción.

Finalmente, si bien en unos años podría ser posible aumentar la supervivencia de los prematuros extremos mediante un sistema de cuidados neonatales mejorado, la comunidad científica no ve cercana la llegada de un útero artificial, ni el desarrollo fetal completo fuera del útero materno. Parece lejano por el momento el anhelo transhumanista de una ectogénesis total.

Referencias

Aguilar Crespo, A., Escrig Estrems, J., Pamplona Bueno L., Quinzá Redondo M.J., Díaz García C., "El trasplante de útero: una puerta abierta a la posibilidad de tener hijos". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 35, 2017, p. 215-233.

legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño". Opinión consultiva, TEDH, relativa al reconocimiento en el derecho interno de una relación legal entre padres e hijos entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y la futura madre. Protocolo 16, 2018, P16-2018-001.

32 Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

- Beauchamp T., Childress J., *Principios de ética médica*. Masson, 1999.
- Crevillén Verdet P. *La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2017.
- Comite de Bioética de España. Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. 2017. http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf
- Díaz Gómez J.M., Canal C., Giménez I., Guirado L., Facundo C., Solà R., Ballarín J., "Embarazo en receptoras de trasplante renal: efectos en la madre y en el niño". *Revista Española de Nefrología*, vol. 28, nº 2, 2008, p. 174-177.
- Di Stefano L., Mills C., Watkins A., Wilkinson D. "Ectogestation ethics: The implications of artificially extending gestation for viability, newborn resuscitation and abortion". *Bioethics*, nº 34, 2020, p. 371-384.
- Fernández Ruiz-Gálvez, E. "Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿autonomía o sujeción?". En *La humanidad in vitro*. Ballesteros, J. (coord.), Comares, Granada, 2002, p. 159-173.
- Haldane, J.B.S., *Daedalus or Science and the Future*, Kegan Paul, Trench Trubner & Co, 1923.
- Herrán Ortiz, A.I. "Aproximación ética y jurídica a la gestación subrogada: a vueltas con el conflicto entre derechos y deseos". En *Gestación subrogada, principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Evolución y consideraciones (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 67-302.
- Huxley, J. *Transhumanism*. Chatto & Windus. 1957, p. 13-17.
- Igareda González, N. "El hipotético derecho a la reproducción". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23 2011, p. 252-271.
- Martínez, K. "Algunos aspectos éticos de la donación y el trasplante". *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, nº 29 (Supl. 2), 2006, p. 15-24.
- Moneta C, M.U. "Apego y pérdida: redescubriendo a John Bowlby". *Revista Chilena de Pediatría*, nº 85(3), 2, 2014, p. 65-268.
- Oliva Delgado, A. "Estado actual de la teoría del apego". *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*, nº 4(1), 2004, p. 65-81.
- Pallardó L.M., Crespo J.F., "Embarazo y trasplante renal: luces y sombras". *Revista Española de Nefrología*, vol. 28, nº 2, 2008, p.148-150.
- Presno Linera, M.A. [Publicación en línea] "¿Hay "derecho" a tener hijos?, ¿y a no tenerlos?" *El Derecho y el Revés*, octubre 2019. <<https://presnolinera.wordpress.com/2019/10/09/hay-derecho-a-tener-hijos-y-a-no-tenerlos/>>.
- Postigo Solana, E. "Bioética y transhumanismo desde la perspectiva de la naturaleza humana", *Arbor*, nº 195 (792), 2019, a507.
- Sánchez Cáceres, L.F. "El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 39, 2019, p. 468-488.
- Savulescu J. "Procreative beneficence: why we should select the best children". *Bioethics*, nº 15 (5-6), 2001, p. 413-426.
- Solerte M.L. "Artificial uterus -research background to improve survival and outcome of extremely low birth weight newborns". *Journal of Gynecological Research and Obstetrics*, nº 6 (3), 2020, p. 67-71.

Información sobre la financiación /Funding information: el artículo ha recibido soporte económico para su realización y publicación del Vicerrectorado de Investigación de la Universidad Francisco de Vitoria. Proyecto titulado: "Transhumanismo, posthumanismo y postfeminismo: análisis interdisciplinar, filosófico, bioético y jurídico".