

Cuadernos
de la Fundació **35**
Víctor Grífols i Lucas

Treinta años de técnicas de reproducción asistida

FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS

655/01
89/04/15

35

Treinta años de técnicas de reproducción asistida

Cuadernos
de la Fundació **35**
Víctor Grífols i Lucas

FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS

Treinta años de técnicas de reproducción asistida

Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas
Treinta años de técnicas de reproducción asistida. Nº 35 (2015)
Edita: Fundació Víctor Grífols i Lucas. c/ Jesús i Maria, 6 - 08022 Barcelona
fundacio.grifols@grifols.com www.fundaciogrifols.org
ISBN 978-84-606-7538-9 Depósito Legal: B 10466-2015

Cuadernos de la Fundació **35**
Víctor Grífols i Lucas

SUMARIO

Pág.

Presentación

Victòria Camps 7

La reproducción asistida: treinta años después del nacimiento de Victòria Anna

Anna Veiga 11

Límites de la reproducción asistida

Pere N. Barri 19

Los retos éticos de la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción

Guido Pennings 25

Cambios sociales y técnicas de reproducción asistida

Introducción

Montserrat Boada 48

¿Nosotras parimos, pero ya no decidimos?

Verena Stolcke 52

El impacto de las técnicas de reproducción asistida en la salud fetal: resumen de las evidencias científicas actuales

Eduard Gratacós 56

La normalización de la reproducción asistida en España: entre la gratuidad y el mercado

Carlos Lema 62

Cuestiones no resueltas de las técnicas de reproducción asistida

Introducción

Francesca Puigpelat 78

Derecho y reproducción asistida: nuevos retos treinta años después	
<i>Esther Farnós</i>	80
Reflexiones alrededor de la experiencia de la subrogación	
<i>Vicent Borràs</i>	104
Aspectos psicosociales	
<i>Diana Guerra</i>	112
Relación de participantes de la jornada	124
Títulos publicados	126

PRESENTACIÓN

En 1984 tuvo lugar en España el primer nacimiento por fecundación *in vitro*. A los treinta años del acontecimiento, la Fundació Víctor Grífols i Lucas organizó una jornada conmemorativa con la intención de hacer público un balance de lo que ha significado durante dicho período de tiempo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

La doctora Anna Veiga y el doctor Pere Barri, protagonistas en el nacimiento de la niña Victòria Anna, abrieron la jornada con sendas exposiciones sobre el desarrollo de las técnicas desde entonces y la mejora notable que han experimentando en cuanto a eficacia y menor coste traumático para las mujeres que se someten a ellas. Una y otro insistieron en la necesidad de transmitir el mensaje de que las técnicas de reproducción asistida no deben convertirse en la solución a la esterilidad o subfertilidad. Es un hecho que, por razones diversas y legítimas, las mujeres deciden ser madres cuando la biología empieza a dejar de acompañarlas en el intento. Conviene reflexionar seriamente sobre los límites de la edad para la reproducción y considerar alternativas (como la congelación de óvulos en edad temprana) con el fin de sortear problemas evitables.

El profesor de Bioética, Guido Pennings, reconocido internacionalmente como uno de los expertos en la ética de las técnicas de reproducción asistida, abordó la cuestión de la «atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción asistida». Dado que la legislación al respecto no es la misma en todos los países, y que unos han desarrollado dichas técnicas más que otros, tiene lugar un vulgarmente llamado «turismo reproductivo» que debe ser muy cuidadoso con la protección de tres valores fundamentales: la seguridad, la autonomía y la justicia. La escasez de gametos para la reproducción asistida plantea el problema de la remuneración o compensación que reciben las donantes, un problema que lejos de discutirse abiertamente, suele ser ignorado a favor de los intereses de las clínicas reproductivas. No cabe duda de que el tema general de la donación de órganos y tejidos es una de las cuestiones que no pueden dejar de reclamar la atención de la bioética habida cuenta el crecimiento constante de la demanda.

En las mesas redondas, se trataron las cuestiones jurídicas de unas prácticas que, una vez conseguida la normalización y extensión de las mismas, ponen de manifiesto problemas complejos. Los más sobresalientes tienen que ver con la legitimidad de preservar el anonimato de los donantes y con las consecuencias jurídicas de la paternidad/maternidad subrogada que, como es sabido, es ilegal en la mayoría de países salvo algunas excepciones.

Las técnicas de reproducción asistida constituyeron, en su momento, una de las llamadas de alerta que dieron lugar al desarrollo de la bioética. Hoy está plenamente aceptado y legitimado su uso, lo que no obsta para que siga habiendo un seguimiento y un control de las formas que adquiere la aplicación de las técnicas y, en especial, de las consecuencias que puedan derivarse de ella. Como solemos repetir a todos los propósitos, es el ser humano quien tiene que beneficiarse del desarrollo tecnológico e impedir que sea la técnica la que lo domine.

Victòria Camps
Presidenta

**La reproducción
asistida: treinta años
después del nacimiento
de Victòria Anna**

Anna Veiga

*Directora científica del Servicio de Medicina
de la Reproducción del Hospital Universitario
Quirón Dexeus*

Quisiera hacer un breve repaso de estos treinta años de historia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, pero también un enfoque al presente y al futuro inmediato. Sin embargo, deberíamos empezar por revisar algunos datos importantes para entender la reproducción asistida y los problemas de fertilidad.

Cabe destacar que en un solo ciclo menstrual, en una sola ovulación, la posibilidad de embarazo se sitúa en torno al 20% o 25%, y es al cabo de una serie de meses, alrededor de un año, que esta tasa llega casi al 100%. Se habla de *fertilidad* cuando una pareja consigue un embarazo de manera espontánea; de *esterilidad* ante la imposibilidad absoluta de concepción, y de *subfertilidad* cuando la fertilidad está disminuida. Así considerada, la fecundidad es la posibilidad de conseguir un embarazo en un ciclo menstrual. Entre el 10% y el 15% de las parejas tienen problemas en el momento de concebir, y esta cifra se mantiene bastante estable. A pesar de ello, se observa que, en algunas sociedades desarrolladas, este número podría aumentar, no debido a trastornos orgánicos, sino sobre todo a cambios en el momento en que las parejas deciden tener hijos. Aproximadamente unas 600.000 se incorporan cada año a este grupo de parejas con dificultades para concebir.

Un concepto importante a tener en cuenta a la hora de pensar en la eficiencia de la reproducción es la edad de la mujer, así como la del hombre, aunque en menor grado. La mujer nace con una población de ovocitos potencialmente fecundables, y este número no aumenta, sino que, por el contrario, a partir de la pubertad, con la ovulación, los ovocitos se van perdiendo en cada ciclo menstrual. Cuando la mujer llega a la menopausia ha agotado su reserva de ovocitos y entra en una fase de su vida en la que la reproducción ya no es posible. Es muy importante transmitir este concepto a la sociedad porque, a pesar de que las técnicas de reproducción asistida son una herramienta excelente para resolver problemas de fertilidad, lo que no consiguen es resolver el problema fisiológico de falta de ovocitos. Aunque una mujer se someta a un ciclo de fecundación *in vitro* (FIV), si su edad es de 40 años, sus ovarios tendrán 40 años y su reserva de ovocitos estará ya muy disminuida, por lo que las posibilidades de embarazo serán muy bajas.

Dentro de las diferentes técnicas que existen para resolver problemas de fertilidad, la FIV es la técnica que ofrece un porcentaje más elevado de éxito, con cifras que alcanzan el 40%. Mediante esta técnica se obtienen los ovocitos por punción guiada mediante ecografía, se fecundan con una muestra de semen de la pareja o con semen de donante procedente del banco, y se obtienen embriones que se depositan en el útero para conseguir el embarazo. Se utilizan también otras técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial, que puede llevarse a cabo con semen de la propia pareja o de un donante y consiste en depositar la muestra de semen previamente preparada en el útero de la mujer, así como técnicas de inducción de la ovulación, que permiten tratar problemas de mujeres que tienen afectada su capacidad ovulatoria.

En la cronología de la aparición de estas técnicas quisiera destacar dos fechas: el año 1978, cuando se consiguió el primer nacimiento por FIV en seres humanos en el Reino Unido, entonces nació Louise Brown, y el 12 de julio de 1984, fecha del primer nacimiento por FIV en España, cuando nació Victòria Anna en el entonces Instituto Dexeus. La publicación del primer embarazo mediante reproducción asistida en el mundo apareció en la revista médica *Lancet*, y fue el resultado de la colaboración entre el fisiólogo Robert Edwards y el cirujano Patrick Steptoe. Robert Edwards fue reconocido con el premio Nobel de Medicina en el año 2010 por su contribución al desarrollo de la biología y la medicina de la reproducción. Además fundó la European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE), sociedad científica dedicada a la reproducción y líder mundial en esta área. Barcelona ha estado vinculada a la ESHRE desde sus inicios. El primer congreso de la ESHRE en Barcelona tuvo lugar en 1988, cuatro años después de la fundación de la sociedad, y el siguiente veinte años después, en 2008. Robert Edwards fue pionero no solo en reproducción asistida, sino en todo lo que hizo posible que hoy estemos hablando en especial de células madre embrionarias. Fue uno de los motores que arrancó esta máquina imparable que esperamos que dé los resultados que todos anhelamos.

Repasando lo que ha sucedido a lo largo de estos años desde el nacimiento de Victòria, es importante remarcar que entre las décadas de 1980 y 1990 se iniciaron los programas de fecundación *in vitro* siguiendo la estela de Robert

Edwards; la técnica utilizada por aquel entonces era la clásica: poner en contacto los ovocitos y los espermatozoides en el laboratorio para conseguir embriones y transferirlos al útero. Para poder conseguir los ovocitos, en aquellos momentos se disponía de unos protocolos de estimulación ovárica limitados y comunes para todas las pacientes. Comenzó, entonces, la congelación de embriones siguiendo la experiencia en modelos animales. La metodología del laboratorio era bastante rudimentaria y poco protocolizada. En aquellos momentos había pocos grupos de trabajo en todo el mundo. Se organizaron grupos en Estados Unidos, Australia y Europa, y era una metodología que se aplicaba solo en determinados hospitales o centros privados y de forma bastante limitada.

En las décadas de 1980 y 1990, los ovocitos se conseguían mediante laparoscopia, mientras que hoy día se recuperan mediante ecografía, procedimiento mucho menos traumático para las pacientes y mucho más simple y reproducible. Entre las décadas de 1990 y 2000 se optimizaron los protocolos de estimulación, y se estandarizaron y mejoraron las condiciones de cultivo en el laboratorio, así como los protocolos de congelación de embriones, ovocitos, tejido ovárico y testicular, y empezaron también los programas de donación de ovocitos y de embriones. En el año 1991 apareció la microinyección espermática (*intracytoplasmic sperm injection*, ICSI) que permite conseguir la fecundación mediante inyección del espermatozoide en el interior del ovocito.

Para llevar a cabo la ICSI, se captura un espermatozoide en una pipeta de la medida adecuada para inyectarlo al ovocito. Esta técnica representó un antes y un después respecto a los problemas de esterilidad masculina, ya que permite tratar pacientes aprovechando sus propios espermatozoides, cuando antes tenían que recurrir al banco de semen. Hoy día se utiliza la ICSI no solo para problemas de fecundidad masculina, sino también en casos en los que se prevé un fallo en la fecundación.

Otra de las técnicas que se puso a punto entre las décadas de 1990 y 2000 fue la de diagnóstico genético preimplantacional, que desarrollamos en nuestro país con el grupo del doctor Egozcue, con la doctora Francesca Vidal y con el doctor Josep Santaló, con quienes pusimos en marcha el Grupo de Inves-

tigación en Embriones Preimplantacionales Humanos (GIEPH) y conseguimos el nacimiento de las primeras niñas mediante esta técnica en nuestro país. Este procedimiento permite evitar el nacimiento de niños o niñas con problemas genéticos y se utiliza en pacientes o parejas con un riesgo genético elevado. La biopsia embrionaria permite la aspiración de una célula (blastómero) para analizar y determinar si es genéticamente normal. Fue durante estos años cuando los biólogos que trabajábamos en los laboratorios de reproducción asistida nos unimos y fundamos la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR). Esta sociedad, que comenzó modestamente, en estos momentos cuenta con aproximadamente 800 miembros. El primer congreso tuvo lugar en Murcia en el año 2001.

Entre los años 2000 y 2010 se han perfeccionado considerablemente las técnicas de cultivo embrionario. Nuestro grupo, en el Instituto Dexeus, ha sido uno de los promotores en nuestro país para intentar concienciar no solo a los pacientes, sino sobre todo a los profesionales, de que el embarazo múltiple es una complicación de la técnica y es absolutamente indeseable. Hay que explicar que lo que se busca con la FIV es conseguir el nacimiento de un niño o niña sano, un nacimiento único por tratamiento.

Actualmente, y gracias a las técnicas de trasplante de tejido ovárico y de vitrificación de ovocitos, se puede hablar de la preservación de la fertilidad femenina, tanto si responde a causas médicas como si se da con finalidad de posponer la maternidad. Las pacientes son niñas o mujeres que deben someterse a tratamientos contra el cáncer que pueden comprometer su fertilidad futura, o mujeres jóvenes que quieren aplazar temporalmente la posibilidad de tener hijos. Siendo conscientes de que el reloj biológico continúa avanzando, quieren conservar sus ovocitos jóvenes para utilizarlos en una edad más avanzada, cuando decidan que es buen momento para reproducirse. La metodología de la vitrificación permite congelar ovocitos de una forma muy eficiente, con resultados muy similares a los que se obtienen con ovocitos frescos.

Se han añadido últimamente nuevas indicaciones en el diagnóstico genético preimplantacional, que se utiliza también para conseguir un nacimiento de un niño o niña compatible con un hermano o familiar afectado por una

enfermedad que necesite el trasplante de sangre, de cordón umbilical o de médula ósea. También se pueden diagnosticar enfermedades de aparición tardía, como la predisposición a ciertos tipos de cáncer o a la enfermedad de Alzheimer, ambas de origen genético.

La investigación en células madre embrionarias y, por extensión, en células madre de pluripotencia inducida ha experimentado progresos extraordinarios en los últimos años. Las primeras se obtienen de embriones preimplantacionales provenientes de parejas sometidas a FIV que los entregan para la investigación, una de las opciones que ofrece la Ley española de técnicas de reproducción asistida. Las células madre de pluripotencia inducida (iPS) tienen características similares, pero se obtienen a partir de la introducción de los genes de pluripotencia en una célula somática. Las células madre pluripotentes tienen la capacidad de convertirse en cualquier tipo celular y muestran un crecimiento indefinido. Existen protocolos para diferenciarlas en distintos tipos de células, que incluyen los ovocitos y los espermatozoides, y su utilidad está enfocada sobre todo a la posibilidad de llevar a cabo terapia celular. Es imprescindible realizar los ensayos necesarios para demostrar la base de su potencia terapéutica y la seguridad de su uso en seres humanos. También representan un modelo excelente de estudio de enfermedades, en particular las genéticas.

En estos momentos se dispone de nuevos métodos de cultivo y de evaluación de la calidad embrionaria. Se trata de incubadoras con sistemas de *time lapse* que permiten el cultivo continuado del embrión y la evaluación de su desarrollo mediante imágenes. También se dispone de nuevos métodos de análisis genético, que permiten analizar una forma completa de genoma del embrión. Se trata de *chips* de hibridación genómica comparada y de técnicas como la *new generation sequencing*, que proporciona toda la información genética.

Finalmente, cabe mencionar que recientemente se ha publicado el primer caso de trasplante de útero con éxito. Con esta metodología se ha conseguido ya un nacimiento, y se espera que otros sigan pronto.

Con este breve repaso, que solo pretende contextualizar el marco temático que nos ocupa, vemos claramente que las técnicas de reproducción asistida han experimentado un enorme progreso desde que se obtuvieron los prime-

ros nacimientos. Hoy las cifras nos indican que son alrededor de 5 millones de niños y niñas los nacidos gracias a la FIV, y las técnicas siguen avanzando para mejorar su eficiencia y contribuir a la felicidad de tantas familias.

Fue un auténtico privilegio poder participar en sus inicios en nuestro país.

Límites de la reproducción asistida

Pere N. Barri

*Director del Departamento de Obstetricia,
Ginecología y Reproducción del Hospital
Universitario Quirón Dexeus*

La especie humana tiene un rendimiento reproductivo pobre: la tasa mensual de fecundidad natural no supera el 20%, y es la más baja del reino animal. En otras palabras, una pareja supuestamente fértil puede necesitar un mínimo de 5-6 meses para conseguir un embarazo espontáneo. Este bajo potencial de fertilidad, que debería ser protegido y potenciado, está amenazado por riesgos de orden médico, pero principalmente de tipo social. No hay más que analizar los datos sociodemográficos españoles y compararlos con la situación que se da en Europa. En las últimas décadas se ha observado un incremento de la edad a la que las mujeres tienen su primer hijo: en 2010, la media de edad era de 29,7 años en la Unión Europea, mientras que en España era de 31 años. Por otra parte, la tasa de fecundidad (número de nacimientos por cada 1.000 mujeres en edad fértil en un año) óptima para conseguir un reemplazo generacional necesario para alcanzar una pirámide de población estable debería ser de 2,1 hijos por mujer. La media europea de este valor es de 1,6; en España es de 1,4, y muestra grandes diferencias entre el norte y el sur de Europa, con Suecia y Reino Unido rozando los 2 hijos por mujer. La situación en España es, como vemos, realmente complicada, ya que coinciden tendencias sociales comunes en todo el mundo occidental con pobres ayudas por parte de la Administración. En nuestro país se destina a prestaciones sociofamiliares el 1,5% del producto interior bruto (PIB), mientras que la cifra media europea es del 2,3%, y en los países nórdicos este valor oscila entre el 3,2% y el 4,2%. Es evidente que las discrepancias norte-sur tienen su explicación.

Médicamente el problema está identificado, ya que es de tiempo conocido que a partir de los 38 años la mujer empieza a padecer una pérdida progresiva de su potencial reproductivo, que se traduce en una peor cantidad y calidad de los óvulos que generan sus ovarios, con la consiguiente reducción de su posibilidad de conseguir un embarazo y con un notable aumento de riesgo de aborto. Existe la falsa creencia de que la moderna medicina de la reproducción, gracias a las técnicas de reproducción asistida (TRA), va a resolver el problema que el paso del tiempo ha creado. Las mujeres son conocedoras del problema, pero hay que informar adecuadamente de las posibilidades reales de las TRA a su edad. El mejor tratamiento que podemos ofrecer es la prevención a través de la información rigurosa y científicamente congruente.

Hay que explicar individualmente a cada mujer su situación biológica, basada no únicamente en la edad sino también en las posibles afecciones médicas asociadas, como la endometriosis o los miomas uterinos, que sabemos que son más prevalentes a medida que avanza la edad.

Volviendo a los cambios que ha experimentado la sociedad en los últimos 30 años, es incuestionable el progresivo retraso de la maternidad. Los factores sociológicos que han llevado a esta situación están en relación con un mayor y mejor acceso a los métodos anticonceptivos, que ha permitido separar sexualidad y reproducción, facilitando que las mujeres tengan el número de hijos que deseen y que los tengan en el momento que consideren idóneo. No obstante, el factor fundamental hay que buscarlo en el mejor desarrollo profesional de la mujer, que le lleva a priorizar su carrera profesional y a posponer su deseo reproductivo. Una deriva de esta corriente se da en Estados Unidos y se conoce con el acrónimo DINK (*dual income no kids*), parejas jóvenes que prefieren su bienestar material antes que cumplir su deseo genésico. En países de nuestro entorno se estima que un 10% de las parejas deciden voluntariamente no tener hijos. La situación es, pues, complicada, ya que se combinan el paso del tiempo y el peso inexorable del reloj biológico con una menor protección social al desarrollo familiar. Es fácil entender que el escenario que se plantea asusta a los demógrafos y debería, cuando menos, inquietar seriamente a los gobiernos.

La especie humana es una de las pocas en la que se da la menopausia. En otras especies, las hembras mueren tras parir a sus últimas crías. Afortunadamente, el progreso de los cuidados de salud y los hábitos de vida saludables han llevado a la mujer a superar ampliamente, por lo común en más de 30 años, el final de su vida reproductiva. A pesar del progreso social y tecnológico, la vida reproductiva está únicamente basada en la biología, mientras que la vida real es fundamentalmente evolucionista.

¿Cómo puede la medicina ayudar a hacer frente a esta pérdida reproductiva debida al paso del tiempo? He dejado claro que las TRA en sí no son la solución; sin embargo, pueden ofrecer alternativas. Actualmente es cada vez más frecuente aplicar técnicas de congelación/vitrificación de óvulos para preservar la fertilidad de mujeres que, por razones personales o sociales, desean

retrasar su deseo reproductivo. Estas son alternativas médicamente seguras sobre las que se debe informar a todas las mujeres que viven esta situación. Si lo hacemos así, contribuiremos, junto con las oportunas políticas sociales, a proteger el derecho a elegir el momento adecuado para tener un hijo.

Las TRA son altamente eficaces, y la tasa acumulada de nacidos vivos supera ya el rendimiento reproductivo natural de nuestra especie. No obstante, existe un colectivo de pacientes que presentan repetidos fracasos a los ciclos de fecundación *in vitro* (FIV) con aparente buen pronóstico. En la literatura científica aparecen referencias que indican que la tasa de niños nacidos por ovocito disponible no supera el 5%, por lo que son necesarios más de 15 ovocitos para conseguir un nacido vivo en población con problemas de fertilidad. Esta tasa de niños nacidos por ovocito llega al 8% cuando se trata de ovocitos de un programa de donación procedentes de donantes jóvenes.

De acuerdo con nuestra experiencia y analizando los resultados conseguidos en 8.000 ciclos de FIV, consideramos que se pueden catalogar como fallos repetidos de implantación, los casos de pacientes que cumplen los siguientes criterios:

- Más de 3 transferencias embrionarias.
- Más de 5 embriones transferidos.
- Más de 4 embriones de alta calidad transferidos.

Hemos observado que cuando una paciente sobrepasa estos límites y cumple los tres criterios, sus posibilidades de gestación clínica en un nuevo intento se reducen significativamente.

Aunque las tasas de éxito aumentan, el fracaso en un primer intento puede considerarse normal. Distinta es la situación de un considerable número de parejas que han fracasado en repetidos intentos de FIV y que acuden a los especialistas para una segunda opinión. En estos casos, se aplican nuevos protocolos de diagnóstico y tratamiento, como la valoración dinámica de la división embrionaria, el diagnóstico genético preimplantacional en algunos casos, y la transferencia de embriones en estadio de blastocisto, que permiten conseguir un embarazo en un elevado porcentaje de estas parejas con repetidos fallos de implantación.

En un futuro muy próximo vamos a incorporar nuevas herramientas al diagnóstico y tratamiento, como el estudio de distintos polimorfismos genéticos (SNIP) o las distintas plataformas de expresión génica endometrial. Podremos así identificar las características de base de estos pacientes, y mejorar tanto la calidad de los gametos como la receptividad uterina y la tolerancia del organismo materno al embarazo.

**Los retos éticos de
la atención sanitaria
transfronteriza
en materia de
reproducción**

Guido Pennings

*Profesor de Ética y Bioética
de la Universidad de Gante*

Introducción

La atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción (el comúnmente llamado «turismo reproductivo») se refiere al fenómeno de desplazamiento de personas de un país donde no disponen de tratamiento a otro donde pueden someterse a tratamientos de fertilidad. El asunto ha llamado la atención debido a los casos insólitos o extraordinarios de reproducción asistida en los que se han centrado los medios de comunicación. Entre otros, podríamos comentar el de la mujer británica de 59 años que viajó a Italia para quedarse embarazada, el de la francesa de 62 años que cruzó el Atlántico para transportar los óvulos de una donante fertilizados con el semen de su hermano, o el de la británica que se trasladó a Bélgica para ser inseminada con espermatozoides de su difunto marido. Estos ejemplos, sin embargo, ofrecen una imagen muy distorsionada de la realidad. Según estudios recientes, la inmensa mayoría de los viajes reproductivos los realizan personas comunes y corrientes con objeto de recibir un tratamiento convencional de fecundación *in vitro* (FIV), una inyección intracitoplasmática de espermatozoides o una donación de gametos.

Motivos de los movimientos transfronterizos

Los motivos por los cuales la gente viaja al extranjero en busca de un tratamiento de fertilidad pueden clasificarse en tres categorías: *a*) coste del tratamiento; *b*) calidad del tratamiento, y *c*) disponibilidad del tratamiento. En primer lugar, al igual que en otros tipos de turismo médico, el coste del tratamiento es una razón de peso. La mayoría de los países solo cubren un número limitado de ciclos (entre uno y tres), por lo que la mayor parte de los pacientes han de costearlos por su cuenta. Otra segunda causa es la calidad del tratamiento, un incentivo puede referirse a un gran número de aspectos: las tasas de éxito, la longitud de las listas de espera, la actitud general de los médicos, la comodidad del tratamiento para los pacientes y factores relacionados con la confidencialidad. Esta razón resulta especialmente evidente en los pacientes holandeses que se desplazan a Bélgica (Van Hoof *et al.*, 2013).

El tercer motivo está relacionado con la disponibilidad del tratamiento, en el que nuevamente cabe distinguir varios aspectos: la indisponibilidad de tratamiento debido a una falta de expertos o de equipos (como el diagnóstico genético preimplantacional), la exclusión de ciertos grupos de pacientes debido a determinadas características (como la edad, la orientación sexual o el estado civil), y la ilegalidad de determinadas intervenciones consideradas inadmisibles desde el punto de vista ético (como la donación de ovocitos o la selección del sexo por razones sociales) (Pennings, 2004).

A menudo se da una combinación de varios de los motivos señalados. Un estudio europeo publicado recientemente ha puesto de manifiesto que una razón poderosa para viajar al extranjero con el fin de recibir tratamiento de fertilidad, es eludir las restricciones legales del país de origen (Shenfield *et al.*, 2010). En un estudio de pacientes que iban a Bélgica para recibir tratamiento de infertilidad, descubrimos en muchos casos una correlación directa entre la normativa del país de residencia y la magnitud del flujo a otro país (Pennings *et al.*, 2009). Entre 2004 y 2005, el número de pacientes holandeses que acudió a clínicas de fertilidad belgas en busca de semen de donante se duplicó. En 2004, en los Países Bajos entró en vigor una ley que abolía el anonimato de los donantes; como consecuencia, se produjo una reducción del número de donantes de semen superior al 70%, y de los bancos de semen del 50% (Janssens *et al.*, 2006). Los pacientes holandeses que se desplazan a Bélgica en busca de semen de donante podrían estar motivados por un deseo de eludir la ley (en el caso de preferir usar semen anónimo) o por la indisponibilidad de semen de donante en su país de origen en un plazo de tiempo razonable.

En los pacientes italianos se observa una tendencia parecida. En 2004, el parlamento italiano aprobó una ley que prohíbe el uso de gametos de donantes, limita a tres el número de embriones que se pueden crear mediante fecundación, y obliga a los pacientes a que se transfieran los tres (Setti *et al.*, 2008). En un estudio pequeño se ha demostrado que el número de italianos que acuden al extranjero para recibir asistencia reproductiva ha aumentado espectacularmente (Fornasiero, 2005). Mientras, el Tribunal Constitucional italiano ha abolido algunas de estas medidas, pero puede que los italianos tarden un tiempo en preferir los tratamientos de la infertilidad que ofrece su propio país (Levi Setti *et al.*, 2011). La ley italiana es extraordinaria

en cuanto a que no solo prohíbe determinados tipos de tratamiento y niega los servicios a mujeres solteras y a parejas homosexuales o de hecho, sino que, además, afecta a la eficacia de los servicios disponibles (Zanini, 2011). Como consecuencia, incluso las parejas casadas que necesitan un tratamiento de fecundación *in vitro* o una inyección intracitoplasmática de espermatozoides optan por viajar al extranjero. En el estudio belga citado, los pacientes italianos acudieron principalmente para recibir estos dos tipos de tratamiento (Pennings *et al.*, 2009), y decidieron ir a otro país porque creían que obtendrían un tratamiento de mejor calidad con mayores posibilidades de éxito. No obstante, debemos tener presente que los pacientes no comparten necesariamente la opinión de los expertos en cuanto a la calidad y las tasas de éxito de los tratamientos, ya que existen indicios de que también desean evitar las restricciones en el número de embriones transferidos. Si bien la transferencia de varios embriones incrementa la probabilidad de los pacientes de tener un hijo, también aumenta la de embarazo múltiple, con sus consiguientes complicaciones y posibles problemas de salud en la descendencia. Por ello, la calidad del tratamiento no puede medirse solo en función de la tasa de hijos nacidos. En el mismo estudio, el número de pacientes italianos que acudió a Bélgica se multiplicó por ocho en cuatro años, y pasó de 37 en 2003 a 295 en 2007. Si tenemos en cuenta que los principales destinos de los italianos son Suiza y España, nos damos cuenta del auténtico éxodo que se produjo en Italia.

Principales riesgos y desafíos a los que se enfrenta la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción

La atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción tiene mala fama. Muchas organizaciones alertan a sus miembros de los peligros de viajar a otro país. También los organismos públicos, como la autoridad británica competente en fertilización humana y embriología, estiman necesario informar a los ciudadanos de los riesgos que implica. Analizamos los comunicados de cuatro grandes organizaciones, que fueron la Sociedad Europea de

Reproducción Humana y Embriología (Shenfield *et al.*, 2011), el organismo británico Human Fertilisation and Embryology Authority (2009), la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (2010) y la asociación de consumidores International Consumer Support for Infertility (2008), sobre los tipos de riesgos y desafíos, y compusimos la siguiente lista: la violación o el incumplimiento de las normas de seguridad (embarazos múltiples, selección de donantes, síndrome de hiperestimulación ovárica); la violación o el incumplimiento de las normas de calidad (tasas de éxito); la confidencialidad de la información del paciente (historiales clínicos de los pacientes); la ausencia o la insuficiencia de apoyo psicosocial y médico (idioma y cultura); las repercusiones económicas (coste real y reembolso); las diferencias en los mecanismos de donación de gametos y de gestación por sustitución (anonimato, derechos y obligaciones legales) y el recurso legal tras el tratamiento (negligencia, indemnización y seguro).

Se han elaborado varias estrategias para abordar estas cuestiones. La Unión Europea ha aprobado leyes y directivas destinadas a garantizar la seguridad de la asistencia y proteger los derechos de los pacientes; la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología ha preparado una guía de buenas prácticas para la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción dirigida específicamente a clínicas y profesionales (Shenfield *et al.*, 2011); la Asociación Americana de la Abogacía (American Bar Association), por su parte, ha publicado unas pautas para la elaboración de políticas adecuadas que aborden la diversidad jurídica relativa a la práctica comercial de la gestación por sustitución en Estados Unidos (Kindregan y Snyder, 2008), y las aseguradoras sanitarias de todo el mundo ofrecen programas portátiles de seguro médico que procuran asistencia económica y jurídica a pacientes transfronterizos.

Si queremos evitar versiones tendenciosas, deberíamos corroborar estos peligros potenciales de la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción con pruebas empíricas. Por internet y en cuantiosas publicaciones académicas circula un gran número de pruebas anecdóticas, pero conviene que mostremos cautela, pues podrían existir conflictos de intereses en las fuentes de información. Estudiemos detenidamente los riesgos más importantes que supuestamente se ven incrementados en el contexto de la atención

sanitaria transfronteriza en materia de reproducción, a saber: la seguridad, la autonomía y la justicia.

La seguridad

Los embarazos múltiples suponen un aumento marcado de las complicaciones obstétricas, la morbilidad perinatal, las tasas de mortalidad materna e infantil, las malformaciones congénitas, los partos prematuros, las dificultades sociales, psicológicas y económicas a largo plazo, etc. La incidencia de este efecto secundario de las técnicas de reproducción asistida determina la calidad moral del sector (Pennings, 2000). El último informe europeo de tasas de embarazo con técnicas de reproducción asistida muestra que todavía se dan diferencias enormes entre los países: en 2008, se produjeron embarazos de gemelos por fecundación *in vitro* o inyección intracitoplasmática de espermatozoides en un 7% de los casos en Suecia, un 11,5% en Bélgica, un 23,8% en España, y un 24,5% en el Reino Unido (Ferraretti *et al.*, 2012). Si bien la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción se cita a menudo como responsable del aumento de los embarazos múltiples, se podría argumentar también que los pacientes de países con una tasa alta de embarazos múltiples deberían, por su propia seguridad, viajar a países con una tasa baja en busca de tratamiento. En conclusión, la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción, ponga o no en peligro la salud de la paciente, depende de las condiciones de las que este parta en su país de origen, así como de las condiciones generales presentes en el país de destino.

Nos preguntamos, entonces de dónde procede la idea de un mayor riesgo de embarazo múltiple en el extranjero. Algunos datos parecen confirmar esta afirmación. Pennings *et al.* (2009) presentaron pruebas de la transferencia de un mayor número de embriones en pacientes transfronterizos. Sin embargo, debemos ser prudentes en la interpretación de estos datos, ya que el número de embriones transferidos depende del número de ciclos anteriores infructuosos y de la edad de la paciente. En estos dos aspectos, los pacientes transfronterizos como grupo difieren del conjunto de la población; muchos han recibido tratamiento anteriormente y son casos difíciles (De Sutter, 2011). Asimismo, los pacientes en tratamiento para la infertilidad buscan el proce-

dimiento con mayor probabilidad de dar lugar a un embarazo, y no consideran que los gemelos (o incluso trillizos) sean un resultado desfavorable (Newton *et al.*, 2007). Cabe esperar que los pacientes transfronterizos, teniendo en cuenta el precio que han de pagar por el tratamiento y que la intervención es a menudo su última oportunidad, insistirán todavía más que otros en la transferencia de más de un embrión. Si bien existe cierto margen de maniobra en este aspecto, es muy importante que se sigan las directrices sobre buenas prácticas. Aunque sea la última oportunidad de una pareja, no deben asumirse riesgos injustificados (Shenfield *et al.*, 2011). El estudio de McKelvey *et al.* (2009) se cita a menudo para demostrar que la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción provoca embarazos múltiples de más de dos fetos que suponen mayores gastos para los servicios nacionales de salud. Sin embargo, lo único que se ponía de manifiesto en este estudio es que los pacientes que regresaban al Reino Unido se sometían a menos embriorreducciones en caso de embarazo múltiple de más de dos fetos. No se demostraba que a estos pacientes se les hubieran transferido más embriones que en el Reino Unido. De hecho, la tasa de embarazos múltiples en el Reino Unido es muy alta en comparación con otros países europeos (Ferraretti *et al.*, 2012).

Parece que, por regla general, la mayoría de las clínicas de los Estados miembros de la Unión Europea siguen las directrices sobre buenas prácticas, impuestas en parte por la Directiva europea sobre tejidos y células, y que los riesgos para los pacientes no son notablemente mayores. En cuanto a los países que no pertenecen a la Unión Europea, la situación está menos clara, aunque no se ha publicado ningún estudio que demuestre que existen motivos de preocupación en cuanto a seguridad.

La autonomía

La autonomía es uno de los derechos fundamentales del paciente. Se refiere al derecho del paciente a tomar decisiones importantes sobre su propia vida de acuerdo con sus valores y sus planes vitales. Las intervenciones médicas suelen considerarse decisiones importantes y, por consiguiente, precisan de la autorización del paciente. En el marco de los tratamientos médicos, la autonomía

se suele poner en práctica en la forma de consentimiento informado. Este asunto presenta dos aspectos importantes: la facilitación de información y la ayuda psicológica. La persona no puede tomar una decisión informada si no recibe toda la información pertinente (al menos en la medida en que se encuentre disponible). En concreto, esto supone información sobre las tasas de éxito, las posibles complicaciones, los costes, etc. Se trata de una labor complicada, ya que estos parámetros dependen a menudo de las características personales de la paciente (edad, índice de masa corporal, etc.) y puede que no se conozcan claramente con anterioridad al tratamiento. En cualquier caso, existen motivos de preocupación. La mayoría de los pacientes eligen la clínica a través de internet. Existen muy pocos estudios sobre la calidad y la fiabilidad de la información que ofrecen las páginas web de las clínicas de fertilidad. Sin embargo, lo mismo que en cualquier otra actividad comercial, las páginas web tienen como objetivo atraer clientes, por lo que no existe razón alguna para suponer que la situación sea diferente en la reproducción asistida. Las cuestiones que son motivo de preocupación son: la exageración de las tasas de éxito (principalmente, proporcionando una media estadística que ignora por completo la mayor edad de las pacientes extranjeras), la disminución de la importancia de los riesgos posibles (en especial en lo relativo a los embarazos múltiples) y el empleo de mensajes comerciales sutiles para convencer a los pacientes. Como han indicado varios estudios, un gran porcentaje de pacientes se sirven de internet como fuente principal de información, aunque las diferencias entre los países son importantes (Blyth, 2010; Shenfield *et al.*, 2010). Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, ningún estudio empírico ha demostrado la existencia de un peligro real. Además, aunque se demostraran carencias, seguiríamos sin contar con un argumento contra la asistencia transfronteriza en sí. La información podría proceder de otras fuentes más fiables, como organizaciones médicas y de pacientes de cada país. Otra solución sería la asignación de distintivos de calidad a través de organizaciones internacionales independientes.

La segunda cuestión se refiere al apoyo psicológico, en particular en el caso de intervenciones más complejas, como la donación de gametos. Es esencial que los pacientes reciban asesoramiento sobre las posibles consecuencias, repercusiones psicológicas, etc., de este tipo de tratamiento. El idioma podría

suponer un problema en este sentido. Recibir apoyo psicológico en un idioma extranjero no es lo ideal. Hablar de temas personales, íntimos y difíciles, como los sentimientos, la autoestima o la sexualidad, es complicado en cualquier idioma, pero más todavía en uno que no es el materno. Se puede recurrir a un intérprete, pero muchos psicólogos se muestran reacios. Además, puede existir una brecha cultural: ciertos asuntos pueden ser tabú en unas culturas o entre determinadas personas, o el psicólogo puede dar algo por sentado que podría no ser tan obvio para el paciente. A este respecto, cabe aclarar dos puntos: en primer lugar, muchas grandes clínicas con un número importante de pacientes extranjeros han contratado a médicos de distintas nacionalidades, precisamente para satisfacer las necesidades de estos pacientes, que son acogidos, asesorados y tratados en su idioma materno, y en segundo lugar, si preocupa la ayuda psicológica prestada para determinados tipos de intervención, el apoyo ofrecido para otros tratamientos y a pacientes de origen extranjero que residan en el país, también debería ser motivo de inquietud. Por consiguiente, aunque sin duda la idoneidad del apoyo psicológico sea un factor importante a la hora de valorar los tratamientos transfronterizos, debería contemplarse desde una perspectiva más amplia.

Por otro lado, también se considera que la comercialización contribuye a una menor calidad de la ayuda psicológica. No cabe duda de que la mayoría de las clínicas que dirigen sus servicios a pacientes extranjeros son privadas; sin embargo, nada indica que las clínicas privadas ofrezcan un servicio inferior al de las públicas. Por el contrario, a todas las clínicas (y podríamos afirmar que especialmente las privadas) les interesa ofrecer un servicio de calidad en un mercado sumamente competitivo (Castilla *et al.*, 2009). Además, los calendarios de las clínicas son apretados, los tiempos de visita están limitados, etc. Toda clínica que desee atraer clientes estará en posición de ventaja si cumple con las normas de buenas prácticas clínicas.

Una última consideración en cuanto a la autonomía: viajando al extranjero, los pacientes que no disponen de acceso a un tratamiento determinado en su propio país pueden realizar su sueño de ser padres en otro. Esto supone un aumento enorme de su autonomía, una ventaja que puede compensar fácilmente las posibles repercusiones negativas de recibir tratamiento en el extranjero.

La justicia

Muchos países cubren únicamente un número limitado de ciclos de fecundación *in vitro* (o ninguno), por lo que, si resultan infructuosos o si los pacientes quieren tener más hijos, un mayor número de ciclos puede suponer una carga económica importante. Sin embargo, esta carga se puede aliviar considerablemente si los pacientes reciben tratamiento en el extranjero. El coste directo de un ciclo de técnicas de reproducción asistida se calcula en torno a los 10.000 dólares en Estados Unidos, 4.500 euros en el Reino Unido y 2.500 euros en Bélgica (Connolly *et al.*, 2010). El grado de subvención determina el acceso económico a los tratamientos de fertilidad e indirectamente, por tanto, el acceso general a ellos. Este aspecto resulta importante porque indica que el argumento que sostiene que la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción es intrínsecamente injusta no es cierto más que a medias. Los pacientes que se desplazan a otros países para recibir tratamiento suelen afrontar los gastos de su propio bolsillo. Al abandonar su país, pierden la oportunidad de que su servicio nacional de salud cubra los gastos. Si esto es así, únicamente aquellos con suficientes medios económicos pueden permitírselo. Sin embargo, cuando los pacientes también han de afrontar sus propios gastos en su país de origen, la justicia en cuanto al acceso al tratamiento podría mejorar para los menos favorecidos, ya que existe la posibilidad de que puedan costearse un tratamiento en el extranjero que no podrían permitirse en su propio país. Este es el caso de muchos pacientes transfronterizos norteamericanos (de Brito y Kaycoff, 2010).

La situación es completamente diferente para pacientes que viajan porque desean eludir una legislación restrictiva o una lista de espera larga. En este caso, aquellos con medios económicos pueden desplazarse, mientras que otros, no. No obstante, la justicia presenta dos dimensiones: el acceso y la igualdad. Aquellos que enarbolan el argumento de la justicia para rechazar la posibilidad de una atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción afirman que supone una violación de la igualdad. La igualdad se puede instaurar facilitando el acceso de todos al tratamiento o bien negándolo a todos. Una forma de evitar este tipo de desigualdad sería introducir la portabilidad del seguro médico para todos. De este modo, los pacientes que acudieran al extranjero para recibir tratamiento no disponible en su país de

origen se verían recompensados por su seguro médico. Parece obvio que la mayoría de los países intentarán evitar esta situación, puesto que lo verán como una forma de complicidad con una ilegalidad. En efecto, cuando se debatió la Directiva europea sobre la movilidad de los pacientes, los países exigieron expresamente la garantía de que no se les obligaría a reembolsar tratamientos que no estuvieran disponibles en sus propios territorios. Desde el principio, los Estados miembros han querido mantener cierto nivel de control, tanto en los gastos sanitarios como en el tipo de tratamiento que estarían obligados a pagar en el extranjero. Se especificó que no tendrían que reembolsar servicios médicos éticamente polémicos, como la eutanasia, las pruebas de ADN o la fecundación *in vitro*, cuando no estuvieran permitidos o cubiertos en el país de origen (Parlamento y Consejo Europeo, 2009). Las decisiones sobre qué tratamientos no son éticos, siguen siendo claramente competencia de los Estados miembros. Otra solución consistiría en adoptar una legislación más indulgente que no excluyera a grandes grupos de población; es decir, en vez de culpar a las víctimas por buscar alternativas, podríamos recapacitar sobre las causas de los movimientos.

La escasez de gametos

Ante la heterogeneidad legislativa, la escasez de gametos se erige en el principal factor para la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción. Esta escasez suele deberse a una variedad de causas. En parte se debe a la actitud generalmente hostil hacia los donantes en los bancos de semen y los centros de fertilidad. La actitud profesada en el contacto diario con donantes no resulta siempre acogedora. Los horarios de atención son limitados, los donantes apenas reciben señal de aprecio o agradecimiento por parte del personal, etc. (HFEA, 2014). Además, la mayoría de los países europeos asignan muy pocos fondos y esfuerzo a campañas de promoción de donación de gametos. La reticencia se debe, probablemente, a la naturaleza polémica de la donación de gametos desde los puntos de vista social, moral y psicológico, que se ve reforzada por una actitud de secretismo y vergüenza. No resulta sorprendente que la mayoría de los países se enfrenten a problemas de

escasez. La autosuficiencia, un ideal propuesto para la donación de órganos y de sangre, diezmaría el número de movimientos transfronterizos.

La situación no es la misma para el semen que para los óvulos. Muchos países europeos obtienen semen de los bancos daneses. Es bien sabido que los bancos de semen daneses envían cada año miles de muestras a todo el mundo. No existen datos empíricos exactos, pero los comunicados de prensa de estos bancos dan una idea de la magnitud de las transacciones. En Bélgica, por ejemplo, alrededor del 60% del semen empleado procede de Dinamarca. Este hecho se suele pasar por alto debido a la invisibilidad de estos movimientos, en comparación con los de los pacientes. Los países que no importan semen suelen contar con listas de espera de entre uno y dos años.

La situación en el caso de los óvulos suele ser peor. Teniendo en cuenta el esfuerzo que supone la donación para una mujer, son relativamente pocas las que se ofrecen como donantes. En este caso, la mayoría de las candidatas a recibir óvulos de donantes se desplazan a España. El 51% (n = 10.962) de los ciclos con óvulos de donantes de Europa se realizan en España (Ferraretti *et al.*, 2013). Sin embargo, nuevamente, apenas poseemos datos empíricos fiables sobre los movimientos transfronterizos. Según Hernández y de la Fuente (2010), el número de ciclos de no residentes en España se calcula entre los 5.000 y los 10.000, con una mayor incidencia de donación de óvulos. Otro estudio de Méndez (2010) sobre los centros del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) señalaba que, en la mayoría de los países, la mayor parte de los pacientes procedentes del extranjero acudían en busca de óvulos de donante. Aunque no se disponía de datos sobre la evolución a lo largo del tiempo, una combinación de datos de otras fuentes indica que el número de pacientes extranjeros aumenta progresivamente. Resulta interesante que los datos de este estudio también muestren la influencia de determinados aspectos, como la posición geográfica y la cercanía a aeropuertos, entre otros.

Lo insólito es que España no reciba elogio alguno por ayudar al resto de Europa. Se pone siempre de ejemplo cuando se habla de donación de órganos, pero nadie la cita cuando se trata de donación de óvulos. Probablemente, la razón principal de este rechazo se deba a la convicción de que, en España, las donantes son remuneradas, pero todo depende de lo que entenda-

mos por remuneración. Los centros españoles declaran que ofrecen 900 euros, no en concepto de pago, sino de compensación por la pérdida de tiempo, la molestia, los dolores, etc. Obviamente, 900 euros es una cantidad considerable que puede funcionar como incentivo a la donación; sin embargo, si estudiamos los programas de «compensación» de otros países, vemos que España no es la única que paga por estos servicios. En Bélgica, dependiendo de la clínica, se ofrecen entre 500 y 2.000 euros. En Grecia, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rusia y Ucrania se entregan cantidades similares a los 900 euros (Pennings *et al.*, 2014). Tan solo Francia y, en menor medida, Finlandia mantienen una política estricta de «solo gastos demostrados». El hecho de que otros países paguen importes parecidos a sus donantes demuestra que esta remuneración no puede explicar aisladamente por qué hay tantas donantes de óvulos en España.

La cuestión de la remuneración se lleva debatiendo décadas. Forma parte de una evolución más amplia hacia la comercialización en medicina. Las normas del mercado se infiltran cada vez más en todos los aspectos de la atención médica; sin embargo, la resistencia a ofrecer una remuneración a cambio de material corporal humano sigue manteniéndose fuerte en Europa. En Estados Unidos no existe escasez de gametos, pero el pago se considera normal. Dependiendo de las características de la donante, la tarifa vigente gira en torno a los 5.000 y los 10.000 dólares (ASRM, 2007). En Europa, varias declaraciones del Parlamento Europeo han recalcado la norma de la gratuidad. También en la Directiva sobre tejidos y células de 2004 se presenta el principio de la no comercialización. Sin embargo, la Directiva también dice que «los donantes podrán recibir una compensación, aunque limitada estrictamente a aliviar los gastos y los inconvenientes que se deriven de la donación». El principal punto de debate se centra en la parte de los inconvenientes. Si solo se pudieran cubrir los gastos, podríamos hablar de reembolso. En el caso de pérdidas no económicas hablamos de compensación. La cuestión entonces reside en establecer el punto en que la compensación se convierte en recompensa y remuneración (Nuffield Council on Bioethics, 2011). Lo que nos interesa aquí es establecer si esto se debería decidir en función de la definición o en función de la motivación. Podríamos aducir que un donante es remunerado cuando recibe dinero por la donación; es decir,

cuando sale beneficiado económicamente de la donación. Esta interpretación del término implica que la mayoría de las donantes de óvulos de Europa son remuneradas. Si se quiere evitar la remuneración, solo resulta aceptable el reembolso de gastos demostrados. Sin embargo, no queda claro por qué no pueden compensarse las pérdidas no económicas (el tiempo, las molestias, etc.). Aun así, cuando las pérdidas no económicas se compensan con dinero, la diferencia con una remuneración y un salario se vuelve menor, pero no imposible. La solución podría consistir en ofrecer una compensación no económica, como unas vacaciones gratis, un vale para un viaje en fin de semana, o algo parecido.

El problema de la compensación no económica es que puede calcularse su valor nominal. Recientemente, el Tribunal de Justicia Europeo ha fallado que la oferta de un día libre a cambio de la donación de sangre es contraria a la norma de no remuneración. Esta medida ignora el significado simbólico de la compensación. El mismo debate se ha mantenido en el contexto de la donación de óvulos a cambio de tratamiento. Resulta sencillo calcular el valor de un ciclo de fecundación *in vitro* gratuito, pero la cuestión reside en si ética y psicológicamente el ciclo se podría interpretar en términos monetarios. La ventaja de este método para especificar el pago consiste en la relativa sencillez de la mayoría de los casos. El otro método establece el pago en función de la motivación de los donantes. La motivación del donante es altruista cuando realiza la donación en beneficio de otra persona. Según este método, es perfectamente posible que un donante sea remunerado pero no albergue motivos económicos, o bien que la ganancia económica no sea su razón principal. En Bélgica, por ejemplo, las donantes de óvulos reciben entre 500 y 2.000 euros (dependiendo del centro), pero aun así, el 86% alega motivos puramente altruistas. Dicho esto, este estudio mostraba una relación entre el nivel de compensación y los motivos de la donante. En Bélgica, por ejemplo, el 94% de las donantes en clínicas que ofrecían 500 euros indicó unos motivos puramente altruistas, una cifra que contrasta con el 53% de las que acudieron a clínicas que ofrecían 2.000 euros (Pennings *et al.*, 2014). En la población general de donantes se halló una correlación parecida: los donantes altruistas recibían menos dinero que aquellos con motivos diversos, y estos, a su vez, menos que los donantes con motivos exclusivamente económicos. Los

donantes con motivos diversos son los que presentan un mayor problema para este método. Según parece, los legisladores y los responsables de formular políticas los consideran inadmisibles desde el punto de vista ético. Los sistemas de captación de donantes deben diseñarse de modo que atraigan personas con motivos puramente altruistas; sin embargo, de lo que se trata es de determinar si esto es moralmente necesario o recomendable. Esta postura se centra exclusivamente en el altruismo como lo único valorable en la donación, cuando otros valores, como la reciprocidad, la solidaridad o la beneficencia, también se encuentran presentes y merecen nuestro reconocimiento. Si creemos que la donación de gametos hace un bien inmenso, la captación de más donantes redundará también en un bien mayor. Se puede diseñar un sistema que «fomente el altruismo» en el que se combinen ambos valores. Esto significa que deberíamos cambiar el objetivo del sistema: en vez de aspirar a un 100% de donantes puramente altruistas, deberíamos intentar conseguir menos del 5% de donantes motivados únicamente por el dinero. Puede admitirse un porcentaje pequeño de donantes de este tipo, puesto que resulta muy complicado evitar a personas motivadas por pequeñas cantidades. El sistema no solo establecería un equilibrio entre los dos valores, sino que también se ajustaría a la conclusión general de que los donantes están motivados por más de un factor. Otros estudios han llegado a esta misma conclusión (Purewal y van den Akker, 2009).

Que esto resuelva o no el problema de la escasez es una cuestión para el futuro, pero al menos señala que todos los países deberían esforzarse más en alcanzar la autosuficiencia en cuanto a gametos de donantes. Todo donante captado en el propio país equivale a un paciente menos que ha de viajar al extranjero para obtener gametos.

Conclusión

La atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción es un fenómeno polifacético. Ha quedado demostrado empíricamente que resulta bastante complicado dibujar un perfil del «turista reproductivo». Asimismo, el sector en su conjunto está evolucionando de un modo más estructurado que

nunca. Las clínicas firman acuerdos con centros de otros países, la normativa europea sobre la movilidad de los pacientes y la portabilidad del seguro médico puede conducir a un aumento de los desplazamientos, los cambios en las legislaciones nacionales pueden modificar drásticamente las corrientes de pacientes, etc. Puesto que resulta poco probable que las causas principales de la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción desaparezcan en un futuro próximo, un primer paso mínimo consistiría en intentar reducir el perjuicio a los pacientes (y a los donantes) en la mayor medida posible. Esto podría lograrse con una mejor regulación de las clínicas, un mayor control de las normas de seguridad y la facilitación de información objetiva a los pacientes. En cualquier caso, la atención sanitaria transfronteriza no es necesariamente algo negativo. En muchos casos, puede que los pacientes elijan una clínica extranjera simplemente porque les resulta más fácil acudir a ella. Todo esto lleva a la conclusión de que muchos de los riesgos y las complicaciones que actualmente se atribuyen a la atención sanitaria transfronteriza en materia de reproducción no guardan, en realidad, relación con viajar al extranjero. Aun así, puesto que los pacientes deberían disponer de acceso al tratamiento en su propio país, y ya que el tratamiento transfronterizo suele suponer una carga extra a un proyecto ya complicado de tratamiento de la infertilidad, las autoridades públicas deberían al menos estudiar las posibilidades de eliminar los motivos por los cuales sus ciudadanos acuden al extranjero.

Bibliografía

- ASRM. Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. «Financial compensation of oocyte donors». *Fertil Steril*, 88, 2007, nº 2, págs. 305-309.
- Blyth, E. «Fertility patients' experiences of cross-border reproductive care». *Fertil Steril*, 94, 2010, nº 1, e11-15.
- Castilla, J. A.; Hernández, E.; Caballo, Y.; Navarro, J. L. *et al.* «Assisted reproductive technologies in public and private clinics». *Reproduct BioMed Online*, 19, 2009, nº 6, págs. 872-878.
- Connolly, M. P.; Hoorens, S. y Chambers, G. M. «The costs and consequences of assisted reproductive technology: an economic perspective». *Human Reproduction Update*, 16, 2010, nº 6, págs. 603-613.
- De Brito, L. y Kaycoff, K. K. «Decision-making factors that influence U.S. patients in selecting overseas egg donor programs and how clinics can appeal to those potential patients». *Human Reproduction*, 25, 2010, nº 1, págs. 153-154.
- De Sutter, P. «Considerations for clinics and practitioners treating foreign patients with assisted reproductive technology: lessons from experience at Ghent University Hospital, Belgium». *Reproduct BioMed Online*, 23, 2011, nº 5, págs. 652-656.
- Dickens, B. «Cross-border reproductive services». *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 111, 2010, nº 2, págs. 190-191.
- Ferraretti, A. P.; Goossens, V.; de Mouzon, J.; Bhattacharya, S.; Castilla, J. A.; Korsak, V. y Nyboe Andersen A., The European IVF-monitoring (EIM), Consortium for The European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE). «Assisted reproductive technology in Europe, 2008: results generated from European registers by ESHRE». *Human Reproduction*, 27, 2012, nº 9, págs. 2571-2584.
- Ferraretti, A. P.; Goossens, V.; Kupka, M.; Bhattacharya, S.; de Mouzon, J.; Castilla, J. A.; Erb, K.; Korsak, V. y Nyboe Andersen, A., The European IVF-monitoring (EIM), Consortium for The European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE). «Assisted reproductive technology in Europe, 2009: results generated from European registers by ESHRE». *Human Reproduction*, 28, 2013, nº 9, págs. 2318-2331.
- Fornasiero, C. «Turismo procreativo: fotografia di una realtà». En: *Conferenza stampa. Turismo procreativo fotografia di una realtà*. Roma: CECOS, 2005. Disponible en: http://www.cecos.it/images/pdf/eventi/cf_030131.pdf.
- Hernández, J. y de la Fuente, L. A. «Cross border reproductive care in Spain». Presentación durante el encuentro del ESHRE *Cross border reproductive care*. París: 14 de mayo de 2010.

- HFEA (Human Fertilisation and Embryology Authority). *Considering fertility treatment abroad: issues and risks*. Londres: Human Fertilisation and Embryology Authority, 2014. Disponible en: <http://www.hfea.gov.uk/fertility-clinics-treatment-abroad.html>.
- Infertility Consumer Support for Infertility (iCSI). *Travelling abroad for assisted reproductive technology (ART) treatment*. Silverwater: Infertility Consumer Support for Infertility, 2008. Disponible en: <http://www.icsicommunity.org/information/fact-sheets/travelling-abroad-for-art>
- Janssens, P. M. W.; Simons, A. H. M.; Van Kooi, J. R. J.; Blokzijl, E. y Dunselman, G. A. J. «A new Dutch law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact». *Human Reproduction*, 2, 2010, nº 4, págs. 852-856.
- Kindregan, C. P. y Snyder, S. H. «Clarifying the law of ART: the new American Bar Association Model Act governing assisted reproductive technology». *Family Law Quarterly*, 42, 2008, nº 2, págs. 203-229.
- Levi Setti, P. E.; Albani, E.; Cesana, A.; Novara, P. V.; Zannoni, E.; Baggiani, A. M.; Morengi, E.; Arfuso, V. y Scaravelli, G. «Italian Constitutional Court modifications of a restrictive assisted reproduction technology law significantly improve pregnancy rate». *Human Reproduction*, 26, 2011, nº 2, págs. 376-381.
- McKelvey, A.; David, A. L.; Shenfield, F. y Jauniaux, E. R. «The impact of cross-border reproductive care or fertility tourism on NHS maternity services». *Br J Gynaecol Intern J Obstetr Gynaecol*, 116, 2009, nº 11, págs. 1520-1523.
- Méndez, V. «Cross-border reproductive care and oocyte donation: case study from Spain». En: *Cross-border reproductive care: information and reflection. Special Interest Group Ethics and Law and the Paramedical Group*. Roma: ESHRE, 27 de junio de 2010, págs. 77-85. Disponible en: <http://www.eshre.eu/~media/emagic%20files/Annual%20meeting/Pre%20congress%20courses/2010/PCCI.pdf>.
- Newton, C. R.; Fisher, J.; Feyles, V.; Tekpetey, F.; Hughes, L. e Isacsson, D. «Changes in patient preferences in the disposal of cryopreserved embryos». *Human Reproduction*, 22, 2007, nº 12, págs. 3124-3128.
- Nuffield Council on Bioethics. *Human bodies: donation for medicine and research*. Londres: Nuffield Council on Bioethics, 2011.
- Parlamento y Consejo Europeo. Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2009 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. COM(2008)0414 – C6-0257/2008 – 2008/0142(COD). Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria.
- Pennings, G. «Avoiding multiple pregnancies in ART – Multiple pregnancies: a test case for the moral quality of medically assisted reproduction». *Human Reproduction*, 15, 2000, nº 12, págs. 2466-2469.
- Pennings, G. «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe». *Human Reproduction*, 19, 2004, nº 12, págs. 2689-2694.
- Pennings, G.; Autin, C.; Decler, W.; Delbaere, A.; Delbeke, L.; Delvigne, A.; De Neubourg, D.; Devroey, P.; Dhont, M.; D’Hooghe, T.; Gordts, S.; Lejeune, B.; Nijs, M.; Pauwels, P.; Perrad, B.; Pirard, C. y Vandekerckhove, F. «Cross-border reproductive care in Belgium». *Human Reproduction*, 24, 2009, nº 12, págs. 3108-3118.
- Pennings, G.; de Mouzon, J.; Shenfield, F.; Ferraretti, A. P.; Mardesic, T.; Ruiz, A. y Goossens, V. «Socio-demographic and fertility-related characteristics and motivations of oocyte donors in eleven European countries». *Human Reproduction*, 29, 2014, nº 5, págs. 1076-1089.
- Pennings, G.; de Wert, G.; Shenfield, F.; Cohen, J.; Tarlatzis, B. y Devroey, P. «ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care». *Human Reproduction*, 23, 2008, nº 10, págs. 2182-2184.
- Purewal, S. y Van den Akker, O. B. A. «Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences». *Human Reproduction Update*, 15, 2009, nº 5, págs. 499-515.
- Setti, P. E. L.; Albani, E.; Novara, P.; Cesana, A. y Negri, L. «Results of in vitro fertilization in Italy after the introduction of a new law». *Fertil Steril*, 90, 2008, págs. 1081-1086.

Shenfield, F.; de Mouzon, J.; Pennings, G.; Ferraretti, A.P.; Nyboe Andersen, A.; de Wert, G. y Goossens, V. «Cross border reproductive care in six European countries». *Human Reproduction*, 25, 2010, nº 6, págs. 1361-1368.

Shenfield, F.; Pennings, G.; De Mouzon, J.; Ferraretti, A. P. y Goossens, V. «ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners». *Human Reproduction*, 26, 2011, nº 7, págs. 1625-1627.

Van Hoof, W.; Provoost, V. y Pennings, G. «Reflections of Dutch patients on IVF treatment in Belgium: a qualitative analysis of internet forums». *Human Reproduction*, 28, 2013, nº 4, págs. 1013-1022.

Zanini, G. «Abandoned by the State, betrayed by the Church: Italian experience of cross-border reproductive care». *Reproductive BioMedicine Online*, 23, 2011, págs. 565-572.

**Cambios sociales
y técnicas de
reproducción asistida**

Introducción

Montserrat Boada

Jefa de la sección de Biología del Servicio de Medicina de la Reproducción del Hospital Universitario Quirón Dexeus

Evolutivamente hablando, se considera que el rendimiento reproductivo de la especie humana es bueno, pues la humanidad no está en peligro de extinción, sino al contrario, vivimos en un mundo superpoblado. Pero dejando de lado la perspectiva evolutiva y centrándonos en la eficacia reproductiva de la especie humana, vemos que esta no es muy buena. En comparación con otras especies animales, la probabilidad mensual de conseguir un embarazo mediante un único coito en los días fértiles es muy baja, de alrededor del 20%. Por otro lado, existe una gran variabilidad en la capacidad reproductiva de los diferentes individuos de nuestra especie.

En general se estima que un 15% de las parejas en edad fértil tienen problemas reproductivos, lo cual significa que alrededor de 50 millones de parejas en todo el mundo tienen dificultades para tener hijos.

La Organización Mundial de la Salud define la esterilidad como la quiebra en el intento de conseguir un embarazo después de un año de relaciones sexuales regulares y sin métodos anticonceptivos o de barrera.

La esterilidad no es un problema nuevo. Se han encontrado numerosas figuras del paleolítico, grabados egipcios, esculturas griegas y diferentes representaciones artísticas de todos los tiempos que hacen referencia a la fertilidad, y se encuentran referencias a la esterilidad en textos tan antiguos como el *Génesis*. Repasando las tradiciones populares podemos encontrar diferentes rituales de fertilidad empleados para invocar la fecundidad, como por ejemplo, la olla de la fertilidad del Santuario de Núria donde después de introducir la cabeza y orar, hay que tocar la campana para finalizar el ritual, o los lagos de San Vicente en Briviesca, cuyas aguas se dice que son fecundas y lanzando un objeto se puede pedir un hijo: un niño si se lanza una piedra y una niña si se lanza un trozo de ropa.

Si bien la esterilidad ha existido siempre, actualmente y centrándonos únicamente en los países desarrollados, la situación ha empeorado en los últimos años debido a cambios importantes de carácter social. Desde mediados del siglo xx se ha experimentado una tendencia a retrasar la edad de la primera maternidad y del número de hijos, haciendo que el indicador coyuntural de fecundidad sea cada vez más bajo, sin llegar al valor de 2,1 hijos por mujer que garantiza el reemplazo generacional. Según datos del Instituto de Estadística de Cataluña, en el año 2011 la natalidad disminuyó un 3,8% en dicha comunidad. La edad materna del primer hijo es actualmente superior a los 31 años, y el número de hijos por mujer es de 1,43, valor que ha experimentado un fuerte descenso, principalmente en los últimos 30-40 años.

El retraso en la búsqueda del primer hijo tiene graves consecuencias, ya que los problemas de fertilidad aumentan con la edad. Pasados los 35 años es más difícil conseguir un embarazo, y el riesgo de cromosomopatías es más elevado. Por ello las mujeres deberían plantearse la reproducción antes. Esta situación conlleva que muchas mujeres que a una edad más joven se habrían reproducido sin problemas, deben recurrir a técnicas de reproducción asistida (TRA) para conseguir tener un hijo cuando son mayores.

Este año, Victòria Anna, el primer bebé nacido fruto de la fecundación *in vitro* (FIV) en Cataluña y en toda España, ha cumplido 30 años de edad, y eso nos hace mirar atrás y ver cómo han cambiado las opciones reproductivas y cuáles son las perspectivas de futuro.

Si bien en sus inicios la reproducción asistida generó cierto rechazo en determinados sectores de la población y un importante debate social, actualmente está bien aceptada y ha devenido una práctica asistencial habitual. Según datos del registro FIVCAT.NET, primer registro oficial de TRA que data del año 1993, en 2011 había 31 centros de TRA en Cataluña, que realizaron 19.883 transferencias embrionarias y generaron el nacimiento de 6.605 nacidos vivos.

A pesar de todo, podemos decir que la reproducción asistida es una práctica común. La rápida evolución y progreso que experimentan las ciencias de la salud, y en concreto la medicina reproductiva, hace que continuamente aparezcan nuevas técnicas o aplicaciones que en muchas ocasiones devienen

posibles y socialmente debatidas antes que se hayan podido regular. La aceptación o no de determinadas prácticas se ve claramente influida por aspectos sociales, éticos y religiosos, y en muchas ocasiones, el tiempo y las tendencias cambiantes de la sociedad, hacen que varíe el grado de aceptación que de ellas se tiene.

En estos treinta años, la edad de los pacientes de FIV ha aumentado. Actualmente, la mediana de edad de las mujeres que se someten a estos procedimientos es de 37 años, y alrededor de un 40% tienen más de 40 años.

A parte del retraso en la edad de maternidad, otro de los aspectos sociales que han cambiado más es el perfil de las personas que recurren a los tratamientos de fertilidad. Es evidente que la sociedad actual ha experimentado un cambio importante al incorporar nuevos modelos de familia. Si bien en la década de 1980 únicamente se trataban parejas heterosexuales con dificultades para tener hijos, actualmente no todos los usuarios de las TRA son parejas tradicionales, sino que también recurren a estas técnicas mujeres sin pareja o parejas homosexuales femeninas. El hecho de que las parejas homosexuales masculinas no encuentren opciones reproductivas dentro de nuestro marco jurídico vigente conlleva el desplazamiento a otros países en busca de la donación de ovocitos y la subrogación uterina.

Otro cambio importante que se ha producido en estos treinta años de referencia son las indicaciones de las TRA. Si bien al principio se concibieron únicamente para solucionar problemas de esterilidad, actualmente se aplican también en otras circunstancias, como en personas que quieren preservar su fertilidad o en parejas con problemas genéticos que quieren evitar la transmisión de la enfermedad a su descendencia. Mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantacional (DGP) se pueden biopsiar los embriones en el tercer o quinto día de desarrollo *in vitro* y seleccionar para transferir al útero materno los que están libres de la enfermedad. Con esta técnica se ha ayudado a muchas parejas con riesgo de transmitir a sus hijos enfermedades tan graves como la hemofilia, la fibrosis quística y la poliquistosis renal, entre otras.

La preservación de la fertilidad mediante la criopreservación de ovocitos en el caso de la mujer, o de espermatozoides en el caso del hombre, ha sido uno

de los grandes avances de estos últimos años. Pacientes con endometriosis grave o enfermos oncológicos que deben someterse a quimioterapia o radioterapia, pueden guardar muestras congeladas en vapores de nitrógeno, a menos 196 °C y, en un futuro, utilizarlas sin sufrir los efectos adversos del tratamiento. Esta técnica tiene una gran importancia, ya que da esperanzas de no perder la capacidad reproductiva a aquellas personas que, por motivos graves de salud, ven peligrar su reproducción. Cada vez se va conociendo mejor la posibilidad de criopreservar los gametos para preservación de la fertilidad, y hoy día la mayoría de enfermos oncológicos jóvenes optan por esta opción. Pero la preservación de la fertilidad no se aplica únicamente por indicación médica. La criopreservación de ovocitos o espermatozoides por voluntad propia debido a distintas razones personales, ya sean de tipo laboral, de pareja, etc., está siendo una opción cada vez más frecuente.

Las TRA han mejorado mucho a lo largo de estos treinta años, con tasas de éxito actualmente más elevadas. Se ha multiplicado por tres la tasa de embarazo de la fecundación *in vitro*, técnica que se calcula que ya ha hecho posible que aproximadamente 5 millones de personas hayan nacido.

Asimismo, las TRA cuentan con mejores controles y son mucho más seguras. Los tratamientos son muy sencillos, y se ha conseguido reducir las hiperestimulaciones ováricas fruto del tratamiento hormonal. También se han reducido sustancialmente los nacimientos múltiples, aunque este objetivo sigue vigente, ya que hay que seguir insistiendo en reducir las transferencias de más de un embrión y tender a la transferencia única para minimizar los riesgos perinatales, tanto para la madre como para el feto.

En los próximos años se prevé que las mejoras en el ámbito de la reproducción asistida seguirán encaminadas a proporcionar mejores resultados, calidad y seguridad de los tratamientos, al tiempo que se desarrollarán nuevas medidas preventivas y de asesoramiento preconcepcivo.

¿Nosotras parimos, pero ya no decidimos?

Verena Stolcke

*Profesora emérita de Antropología Social y Cultural
de la Universidad Autónoma de Barcelona*

Desde que en 1978 nació Louise Brown, la primera bebé engendrada *in vitro* en Reino Unido, anticipando los subsecuentes avances en la fecundación asistida, hasta la clonación de células madre para el trasplante de órganos, ha sido debatido el estatuto moral del embrión humano extracorpóreo y su manipulación en el laboratorio. Así, un proceso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una causa suscitada por la concesión de una patente de invención que implicaba el uso de células madre embrionarias, mostró la incoherente acepción jurídico-comunitaria del estatuto del embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea.¹ En este texto quiero contraponer el fundamentalismo moral de quienes están abogando por la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo alegando que la vida humana se inicia en el momento de la concepción, con el papel central que desempeña el embrión humano en la biotecnología en general y en el uso de células madres embrionarias en particular. Me interesa mostrar así que nuestra lucha por la libertad de decidir sobre nuestros cuerpos no debería reducirse a una polémica maniquea acerca del inicio de la vida humana, sino poner en cuestión los intereses sociopolíticos con respecto al control de los cuerpos femeninos que están en juego.

Ciertas figuras del Partido Popular (PP) en España suelen aludir al programa electoral del partido cuando se trata de justificar su pretendida reforma de la Ley del aborto. Cuando el programa finalmente fue publicado escasos días antes de las elecciones generales previstas para el 20 de noviembre de 2011, resultó ser de lo más ambiguo con respecto a la reforma de la ley vigente. El PP declaraba que introduciría «una ley de protección de la maternidad con medidas de apoyo a las mujeres embarazadas (...) para reforzar la protección del derecho a la vida, así como de las menores», sin explicar si aboliría la ley anterior.

Para emprender nuestra oposición contra el que fue un anteproyecto fallido del Ministro de Justicia, Alberto Ruíz-Gallardón, es preciso conocer los antecedentes históricos y jurídico-políticos al aborto. Han sido dos las regulaciones de la interrupción voluntaria del embarazo de la democracia hasta hoy. El gobierno de Felipe González aprobó la restrictiva ley de 1985, conocida como la Ley de los supuestos. La ley de 1985 admitía el aborto solo bajo tres supuestos, a saber, en caso de que el embarazo fuese consecuencia de una violación, implicase un riesgo para la salud de la mujer o hubiese malformación del feto. Las parlamentarias socialistas habían defendido la legalización de los anticonceptivos, pero no llegaron más lejos. A pesar de que, por ejemplo, la parlamentaria Carlota Bustelo tenía claro que «cuando se discute sobre la despenalización del aborto, no se está discutiendo sobre la posible vida del feto, sino sobre algo mucho más preocupante para los que quieren que nada cambie: el derecho de las mujeres a decidir por sí solas a ser ciudadanas libres e independientes», la nueva ley pasó sin que hubiese oposición de la mayoría de las parlamentarias.²

En 2010 se promulgó la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo vigente hasta ahora y que equipara a España en derechos fundamentales en el ámbito de la sexualidad y la reproducción de la Organización Mundial de la Salud que se aplican en nuestro entorno. Esta es la ley vigente en la actualidad: permite el aborto libre hasta las 14 semanas de gestación y, hasta las 22 semanas si el feto tiene malformaciones o la salud de la mujer corre riesgos. También permite a las jóvenes de 16 y 17 años interrumpir el embarazo sin consentimiento paterno.

Me he detenido en la evolución de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo para que podamos apreciar lo que podría significar la repenalización que se pretendía imponer con el anteproyecto de Gallardón –denominado con perversa ironía «Ley de Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada»–, en relación con la progresiva libertad que las mujeres hemos conquistado a la hora de decidir sobre nuestros cuerpos. Así, según el anteproyecto, el aborto era siempre delito salvo en dos supuestos: *a)* que el embarazo fuese fruto de una violación, o *b)* que según dos expertos independientes generase «un grave peligro para la vida, la salud física o la psíquica de la embarazada». La malformación del feto no era contemplada como justificación del aborto.

Ahora bien, ¿cuáles son los poderes y argumentos fácticos detrás de este calamitoso recorte potencial de nuestra libertad de decidir? Quienes abogaban por el anteproyecto de Gallardón aludían al insustentable argumento demográfico, negándonos el derecho a interrumpir un embarazo para remediar el débil entusiasmo reproductivo de las mujeres con sus consecuencias económicas. No obstante, tiene seguramente mayor peso y trascendencia política el argumento moral que sacraliza la vida del feto y/o embrión. El anterior arzobispo de Madrid, Rouco Varela, pretendía así que «el embrión es un bien jurídico protegido por la Constitución», a pesar de que a criterio del mismo Tribunal Constitucional y un número significativo de juristas, resulta al menos dudoso reconocer al embrión la titularidad del derecho a la vida.³ Como mencioné anteriormente, tampoco en la Unión Europea hay acuerdo sobre el estatuto del embrión humano.⁴

Este no es el lugar para enfrascarnos en las sutilezas jurídico-ontológicas del estado del embrión. Sería ingenuo que las mujeres que defendemos nuestro derecho a decidir sobre nuestros cuerpos nos dejásemos seducir por un argumento maniqueo basado en la creencia de la existencia objetiva de dos principios morales contrarios, a saber, el bien y el mal. Un debate maniqueo se apoyaría en una certeza de fe, y no en la ciencia objetiva. Un debate maniqueo ocultaría la razón económico-política de la disputa en torno a la libre interrupción del embarazo.

Las técnicas de fecundación asistida *in vitro* permiten hoy conocer en detalle qué sucede tras la fecundación de un embrión humano y cómo el cigoto se desarrolla como un cuerpo en las primeras 24 horas. Pero esto no sacraliza al embrión. Así, la primera modificación de la Ley española de fecundación asistida en 2003 puso a España a la vanguardia, al menos en términos legales, en uno de los campos pioneros de la ciencia al establecer que se pueden emplear los embriones sobrantes de los procesos de fecundación *in vitro* para obtener células madre. Una vez obtenidas las células madre se destruye el embrión.⁵ Y a medida que avanza la biotecnología en función de la medicina regenerativa se obtienen células madre embrionarias mediante la clonación de embriones, para cultivar tejido neuronal, óseo, digestivo, muscular, etc., en laboratorio para trasplantes.

No quiero detenerme en la complejidad de la experimentación biotecnológica, sino hacer hincapié en el trato tan paradójico del embrión por parte de quienes pretenden prohibir el aborto, en contraste con quienes investigan en la frontera de la medicina regenerativa necesariamente con óvulos y embriones. Debería quedar claro que, en lugar de polemizar sobre el inicio de la vida, nuestro derecho a decidir sobre la interrupción voluntaria de un embarazo debería apoyarse en nuestro rechazo enérgico a los políticos, la iglesia y la ciencia conservadora que se arrogan el derecho de decidir por nosotras. Como ya nos enseñaba Virginia Woolf en su célebre libro *Tres Guineas* (1938), «parece como si la ciencia fuera asexual, pero la ciencia es un hombre, un padre, e igualmente contaminada».

Notas

1. Escajedo San Epifanio, L. *El inconsistente estatuto de embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea. Proyecciones Constitucionales de la sentencia TJUE Brüstle v. Greenpeace (AS.C-34/20)*. Granada: Universidad de Granada. Disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/18_ESCAJEDO.htm.
2. Bustelo, C. «La defensa de la vida». *El País*, 17 de octubre de 1983. Disponible en: http://elpais.com/diario/1983/10/17/espana/435193213_850215.html.
3. Vidal Prado, C. *El estatuto jurídico del embrión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* [en línea]. Academia.edu, 2012. Disponible en: http://www.academia.edu/1896171/El_estatuto_jur%C3%ADdico_del_embri%C3%B3n_en_la_jurisprudencia_del_Tribunal_constitucional_espa%C3%B1ol.
4. Escajedo San Epifanio, L. *op.cit.*
5. De Benito, E. «Carrera Investigadora». En: Sampedro, J. «Izpisúa deja la ciencia en España». *El País*, 15 de enero de 2014. Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/01/14/actualidad/1389732327_440612.html.

El impacto de las técnicas de reproducción asistida en la salud fetal: resumen de las evidencias científicas actuales

Eduard Gratacós

Director de BCNatal, Centro de Medicina Maternofetal del Hospital Clínic de Barcelona-Hospital Sant Joan de Déu

Introducción

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) se han llevado a cabo en más de 5 millones de personas en todo el mundo, y este número crecerá de forma importante en las próximas décadas. Por tanto, es lógico que exista una preocupación sobre si tienen un impacto en la salud de los fetos y niños. Antes de analizar las evidencias de que disponemos, es importante recordar algunas ideas con el fin de situar el contexto de forma adecuada.

La reproducción humana es un proceso muy complejo. En un mundo en el que no dispusiéramos de atención sanitaria, en el mejor de los casos el 90% de las parejas que intentasen un embarazo lo conseguirían. Por otra parte, una vez producido el embarazo, en el mejor de los casos el 90% acabaría de forma satisfactoria. Centrándonos únicamente en el embarazo, para que tenga éxito son necesarios un conjunto de fenómenos biológicos que deben sincronizarse muy bien. Sin pretender ser exhaustivos, comentaremos algunos. Es necesario que los sistemas inmunológicos de la madre y el feto se reconozcan, con el fin de que la madre no rechace al feto. Por otra parte, los millones de pasos genéticos y moleculares que son necesarios para que se produzca la formación de un nuevo ser a partir de una sola célula deben funcionar perfectamente. Finalmente, el útero, un músculo de gran potencia, debe mantenerse relajado durante todo el embarazo. Todas estas circunstancias requieren la sincronización de muchísimos sistemas, y cualquier pequeño error puede conducir al fracaso o a desviaciones muy relevantes de lo que comúnmente entendemos como un embarazo «normal». Por ejemplo, el fallo

de alguno de los fenómenos comentados conduce a algunas de las complicaciones más habituales del embarazo, también llamados grandes síndromes obstétricos. Entre ellos, los más frecuentes son las alteraciones del crecimiento fetal, las enfermedades de hipertensión materna, la prematuridad y la muerte fetal.

En la reproducción humana, entendida desde el momento de la fecundación hasta los primeros años de un niño, la calidad de la fase previa influye en la siguiente. Por tanto, las condiciones de partida de un embarazo influirán notablemente en sus probabilidades de éxito. Entre los determinantes negativos que más pueden influir en un embarazo se incluyen los siguientes: en primer lugar, una fertilidad previa subóptima, es decir, que el embarazo haya sido difícil de conseguir. Los mismos mecanismos que influyen en que se consiga la fecundación humana influyen también en la calidad del embrión, la forma en que se relaciona con los sistemas biológicos maternos y, en definitiva, en la sincronización adecuada de todos los sistemas que comentábamos. En segundo lugar está la edad de la madre en los límites de la fertilidad, a partir de los 35 años, en especial de los 40 años y, finalmente, la salud de la madre. Obviamente, cualquier desviación de la salud normal, incluidas alteraciones crónicas como hipertensión, diabetes, u otras enfermedades que pueden aparecer a lo largo de la vida, tendrá una influencia en la calidad del embarazo. Como vemos, los tres factores están relacionados.

Todos los razonamientos previos eran necesarios antes de empezar a tratar un tema como el impacto de las técnicas de reproducción asistida en el embarazo y el feto. Así, las mujeres que utilizan estas técnicas tienen, por definición, una fertilidad subóptima, son de mayor edad, y por esta misma razón es más probable que hayan desarrollado alguna enfermedad crónica a lo largo de su vida. Por tanto, cuando comparemos los resultados de estos embarazos debemos hacerlo con mujeres de las mismas características que las que utilizaron las técnicas, que no son las de la población general.

A continuación analizaremos las evidencias de que disponemos sobre los resultados de los embarazos conseguidos por TRA en tres niveles diferentes: malformaciones fetales, complicaciones del embarazo y salud a largo plazo de los niños nacidos.

Técnicas de reproducción asistida y defectos fetales

En los últimos 10 años se han publicado diversos estudios con poblaciones muy amplias, que han valorado la asociación de las TRA con las malformaciones fetales. En primer lugar, existe evidencia concluyente de que, globalmente, estos embarazos se asocian con un incremento de entre el 20% y el 30% de riesgo, en comparación con la población general. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las comparaciones se corrigen por los factores de riesgo? Corregir por factores de riesgo quiere decir que se comparan las características de los embarazos de mujeres mediante TRA con otros de mujeres que tenían la misma edad y habían quedado embarazadas sin estas técnicas, pero tras un periodo de infertilidad. Pues bien, estas comparaciones permitieron poner de manifiesto que el riesgo de malformaciones fetales era exactamente el mismo. En definitiva, lo que incrementaba el riesgo de malformaciones era la edad materna y la existencia de un período previo de infertilidad; haber utilizado o no TRA era irrelevante. Este hecho se ha confirmado al menos en cuatro grandes estudios poblacionales con miles de pacientes. Por tanto, podemos concluir que, con la evidencia científica disponible, utilizar TRA no incrementa el riesgo de malformaciones fetales.

Un aspecto diferente es el de los embarazos gemelares. La utilización de TRA sí que aumenta la tasa de gemelos. Es obvio que la mejora notable que se ha producido en los últimos años en los protocolos ha permitido que, en especial los centros de calidad, consigan unos porcentajes cada vez más bajos de embarazos gemelares. De este modo, en el período 1997-2012, el 36% de los gemelos y el 77% de los embarazos triples en Estados Unidos procedían de TRA. Sin embargo, en los años finales del período analizado, los porcentajes se habían reducido de forma relevante. Por ejemplo, en el Informe anual de Estados Unidos para 2010 se describía una tasa del 20% de todos los embarazos gemelares y del 33% de los triples. En resumen, con mucha menos frecuencia que antaño, las TRA incrementan, sin duda, la tasa de embarazo múltiple, y este es seguramente su principal efecto adverso. La gestación múltiple es una situación no deseable que se asocia con mayores riesgos de prematuridad, anomalías fetales y complicaciones maternas.

Impacto en las complicaciones de la gestación

La descripción de las evidencias sigue un patrón muy parecido al del apartado anterior. Por una parte, todas las comparaciones crudas (es decir, sin corregir) demuestran que los embarazos procedentes de TRA tienen mayores porcentajes de prematuridad, diabetes, hipertensión y retraso del crecimiento, que se sitúan normalmente en riesgos relativos de 2 a 5 (es decir, un riesgo entre 2 y 5 veces mayor). Sin embargo, las comparaciones corregidas y comparadas con embarazos únicos de mujeres de las mismas características demuestran que los resultados no empeoran por haber utilizado estas técnicas, sino por dos factores fundamentales: *a)* la edad materna y la infertilidad previa al embarazo, y *b)* la mayor frecuencia de embarazo gemelar. En conclusión, un embarazo conseguido por TRA tiene más riesgos estadísticamente que un embarazo «medio», pero esto no se puede atribuir directamente a la técnica, sino a las características de la población que usa las técnicas y al incremento de embarazos gemelares.

Impacto en la calidad de vida a largo plazo de los niños nacidos con técnicas de reproducción asistida

En este tema es necesario introducir brevemente el concepto de programación fetal, por el que se entiende cualquier modificación que se produce en el funcionamiento normal del organismo con la exposición a un ambiente adverso durante la gestación. La programación fetal puede afectar a cualquier sistema biológico, pero en este caso nos referiremos a dos aspectos que despiertan gran preocupación en los progenitores: el desarrollo neurológico y la salud cardiovascular.

En relación con el desarrollo neurológico, como es cada vez más conocido, la calidad de la vida intrauterina es fundamental para permitir el crecimiento y la «construcción» adecuada del cerebro. En este sentido, sabemos que existen una serie de factores de riesgo directos, es decir, que pueden producir por sí mismos una alteración en el desarrollo cerebral normal, entre ellos, el retraso del crecimiento intrauterino, la prematuridad, las malformaciones cardíacas, las infecciones o la exposición a sustancias (incluidas el tabaco y el alcohol)

durante el embarazo. Por otra parte, existen factores indirectos, es decir, que por sí mismos no producen el problema, pero incrementan la probabilidad de alguno de los factores de riesgo directos, entre ellos el embarazo múltiple, la edad o enfermedades crónicas maternas, la obesidad y las TRA. Por tanto, los embarazos por estas técnicas, por el hecho de tener una frecuencia mayor de complicaciones, muestran un riesgo más elevado de secuelas neurológicas en los niños. Sin embargo, se han realizado diversos estudios, algunos de ellos en grupos amplios, que descartan una relación directa entre el uso de estas técnicas y un peor neurodesarrollo.

En relación con la salud cardiovascular, una vez más sabemos que factores como el retraso del crecimiento fetal, la prematuridad o la diabetes materna incrementan el riesgo cardiovascular de los niños nacidos de estos embarazos. Estudios recientes relacionan también los embarazos por TRA con un discreto incremento en el riesgo cardiovascular de los niños. Así, es posible que estos niños muestren una discreta elevación de la presión arterial y algunas modificaciones en el corazón y las arterias que los predispongan a un mayor riesgo de enfermedades cardiovasculares cuando sean adultos. Se trata de una relación que se ha comprobado en diversos estudios, pero debe aclararse si, como en los casos anteriores, es consecuencia de las características de estas mujeres o del uso de las TRA directamente. En todo caso, no se trata de una enfermedad, sino de una predisposición. No debe verse, por tanto, como un problema, sino como una oportunidad para que los progenitores vigilen especialmente la salud cardiovascular de sus hijos. Como sabemos, en la actualidad esto se consigue con medidas tan sencillas como seguir una dieta adecuada y la promoción de ejercicio físico en los niños desde edad temprana.

Consideraciones finales

En definitiva, los embarazos con técnicas de reproducción asistida se asocian con peores resultados, pero no por las técnicas en sí, sino por las características de las parejas que las utilizan. Así, por cuanto sabemos, en las gestaciones únicas, las TRA no empeoran los resultados del embarazo, pero permiten que parejas que no habrían quedado embarazadas lo hagan. Estas parejas van

a tener más riesgos porque su propia infertilidad hará que la calidad de ese embarazo no sea tan óptima, y porque con frecuencia la edad de la madre es superior a la media. Las TRA incrementan el riesgo de embarazo múltiple, y este aspecto se asocia a una serie de complicaciones que disminuyen la tasa de éxito de los embarazos. Desde un punto de vista del control obstétrico, es necesario recordar este aspecto tanto a las parejas como a los médicos que controlan los embarazos.

Finalmente, es preciso introducir un comentario que sitúe la magnitud de los problemas que hemos comentado. Debemos recordar que cuando hablamos de un incremento de complicaciones, nos referimos a problemas que ocurren en porcentajes muy bajos de las embarazadas, y que suelen ser leves o tratables, sin consecuencias graves. Por ejemplo, la frecuencia de defectos fetales diagnosticados intraútero puede pasar de un 2% a un 2,4%, o la tasa de retraso de crecimiento de un 5% a un 10%. Como se puede ver, la mayoría de los embarazos transcurrirá de forma satisfactoria. Así, si bien es importante poner a disposición de las parejas toda la información que aquí se comenta, debe recordárseles que, en las mejores circunstancias biológicas de edad y salud materna, un embarazo no tiene nunca el éxito garantizado. Quedar embarazada por TRA tiene unas implicaciones que las parejas deben conocer, pero: *a)* el uso de estas técnicas no empeorará las perspectivas que tendría la pareja en caso de quedar embarazada de forma espontánea, y *b)* en la mayoría de los casos, un embarazo por reproducción asistida tendrá los mismos resultados que un embarazo espontáneo.

La normalización de la reproducción asistida en España: entre la gratuidad y el mercado

Carlos Lema

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III

La normalización progresiva de la reproducción asistida

Si echamos la mirada atrás a lo que han supuesto estos 30 años de técnicas de reproducción asistida (TRA) en España, quizás el rasgo más significativo es el de su asentamiento y legitimación social. Esto no significa que no queden asuntos discutidos y discutibles, o cuestiones abiertas. Pero, en comparación con sus inicios, no puede sino constatarse su normalización y legitimación, tanto a nivel social, como jurídico.

En efecto, se trata de unas prácticas no solo socialmente asentadas, sino también socialmente legitimadas. Por eso, la discusión en torno a estas suele plantearse, y así lo haremos, respecto a cómo organizarlas socialmente, cómo regularlas, cómo proteger los derechos e intereses de los sujetos implicados y cómo evitar algunos abusos, pero, en general, no en torno a su licitud o aceptabilidad global. Esto es, sin duda, un cambio significativo respecto a los inicios, visto desde la perspectiva de estos años. Si bien la fecundación *in vitro* (FIV), y la reproducción asistida en general, nunca suscitaron una oposición tan fuerte como, por ejemplo, el aborto (a pesar de que algunos de los sectores que se oponían a una cosa y a otra apelaban a razones similares), en su momento sí se planteó una objeción general a su licitud.

Lo que hoy día puede parecer irrelevante, es significativo si pensamos en cómo se percibían estas técnicas en su origen. Por ejemplo, muchos juristas temían que supusieran un desmoronamiento de los principios en los que se basaba la filiación jurídica. En buena medida estas preocupaciones sobre el futuro de la paternidad y maternidad jurídicas estaban basadas en la idea falsa (ideológica) de que hay y debe haber una correspondencia entre la filia-

ción biológica y la social. Supuestamente, las técnicas de reproducción asistida (debido a la presencia de donantes de gametos y embriones) suponían un problema casi insuperable jurídicamente. En realidad, lo que no se tenía en cuenta es que siempre, con técnicas de reproducción asistida o sin ellas, existe una filiación biológica, una social y una jurídica, que son diferentes, coexistentes y no necesariamente coincidentes, como ya ocurría tradicionalmente con la adopción. En todos los casos, y también en la filiación más tradicional, siempre hay una atribución jurídica «artificial». De cualquier manera, la juridificación de estas prácticas resultó finalmente más sencilla de lo que muchos pronosticaban.

Pero los problemas percibidos en los inicios no eran solo de técnica jurídica. Así, por ejemplo, la Iglesia Católica, desde el documento de 1987 «Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación», aprobado por la Congregación para la Doctrina de la Fe (dirigida entonces por Joseph Ratzinger), condenó la práctica de la FIV. La consideraba ilícita por un alegado desperdicio de embriones y porque la reproducción no se producía como resultado de la unión personalísima de los cónyuges.¹ Si bien la Iglesia Católica no ha modificado su postura en torno a la FIV, no es un asunto que a estas alturas plantee socialmente con demasiado entusiasmo, lo que creo que se puede tomar como un síntoma de la normalización de las técnicas.

Argumentos similares estaban presentes cuando, en 1988, al aprobarse en España la primera ley que regulaba estas materias, el Grupo Parlamentario Popular se opuso frontalmente y presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional que contenía una objeción general a la constitucionalidad de la propia FIV, en atención a la desprotección que, de acuerdo con los recurrentes, supondría para la vida e integridad de los embriones humanos.² Pero lo significativo es que este grupo político no derogó la ley una vez que tuvo mayoría suficiente para hacerlo: la modificó de acuerdo con sus criterios, pero sin una objeción general a la FIV. Este cambio de postura fue, sin duda, una adaptación razonable, pero también un síntoma de la aceptación y normalización social de estas prácticas.

Probablemente la propia existencia de regulación jurídica desde un momento tan temprano como 1988, teniendo en cuenta otros referentes internacionales,

fue un factor de normalización y legitimación de las técnicas. Ciertamente es que generó un grado de seguridad jurídica y de protección de los derechos de los sujetos implicados, y ofreció cierto nivel de racionalidad a la disciplina de las prácticas. Un tema diferente ha sido la eficacia de la legislación entendida como su capacidad para determinar la orientación y organización de las prácticas reales. En este punto la cuestión ha sido más compleja.³

La juridificación de los problemas pendientes

La evidencia de la normalización de las TRA no debe llevarnos a pensar que estamos ante unas prácticas carentes de problemas desde un punto de vista ético o jurídico. No todas las formas de organizar públicamente el acceso y de regular jurídicamente su práctica tienen las mismas consecuencias, y no todas parecen igualmente aceptables. Cómo se haga puede afectar de forma significativa a derechos e intereses relevantes de los sujetos implicados, principalmente (aunque no solo) de las mujeres que se someten a estas prácticas. De las múltiples posibilidades de organización y regulación posibles, sin duda, algunas podrían suponer vulneraciones de derechos o consecuencias poco compatibles con los contenidos constitucionales. Pero no es menos cierto que muchas de las opciones posibles son éticamente aceptables y constitucionalmente plausibles, por lo que, a veces, optar entre unas u otras no es un asunto constitucional o éticamente definible, sino que se trata de opciones diferentes que pueden adoptarse por razones políticas en unos casos, o por prudencia en otros.

Podemos intentar sistematizar las cuestiones que todavía se discuten o resultan problemáticas. Todo ello sin pretensión de exhaustividad, ya que, entre otras cosas, surgen periódicamente nuevos temas al hilo de novedades tecnológicas o sociales. Pero se puede pensar que al menos se debate en el ámbito del acceso a las técnicas, de la filiación y los donantes, o la protección de los embriones. En lo que respecta al primer grupo de cuestiones, el del acceso, aquí se plantea qué técnicas deben ser admitidas, qué sujetos pueden ser beneficiarios o si las técnicas han de tener financiación pública.⁴ Entre las cuestiones objeto de debate algunas tienen una muy relevante carga simbólica e ideológica, además de su repercusión directa sobre las personas afectadas,

como es la propuesta de negar la financiación pública de las técnicas a mujeres sin pareja masculina.⁵ Otras cuestiones que se enmarcan aquí son la admisibilidad de la selección de sexo sin finalidades terapéuticas,⁶ o la admisión de la maternidad subrogada.⁷

El segundo grupo de cuestiones que hemos identificado afecta a asuntos relacionados con la filiación y con la regulación de la participación de los donantes. Son, al menos, tres las cuestiones que se plantean aquí con fuerza. Por un lado, la situación legal en España de los menores nacidos en el extranjero después de un contrato de maternidad subrogada.⁸ Por otro lado, por lo que respecta a los donantes de gametos, sigue siendo asunto controvertido la opción por el anonimato por la que ha optado la legislación española ya desde 1988. Esta opción, que fue reiterada por la Ley 14/2006 (art. 5.1 y 5.5), parece ir a contracorriente de la tendencia creciente en países europeos que han optado por el no anonimato,⁹ en algunos casos de entrada (como Suecia en 1984) y en otros rectificando su opción primitiva. Entre estos países están, además de la citada Suecia, el Reino Unido, Suiza, Austria, Noruega, Finlandia y los Países Bajos. También aquí se plantea la cuestión de la gratuidad de las donaciones, tema del que nos ocuparemos con más detalle más adelante.

La última cuestión es la relacionada con los embriones, en particular con su posible utilización con fines de investigación. Pero sobre todo se han planteado cuestiones relativas a la resolución de conflictos derivados de desacuerdos entre los progenitores, como se puso de manifiesto en el caso *Evans contra Reino Unido*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 10 de abril de 2007.¹⁰

Reproducción asistida, mercado y desmercantilización: la gratuidad

De todas las cuestiones pendientes quiero centrarme en la gratuidad de las donaciones. Y ello por dos motivos: en primer lugar, porque aparentemente se trata de una cuestión solucionada legalmente: la ley ha optado por la gratuidad de las donaciones,¹¹ pero, en la práctica, las cosas son ligeramente distintas, y en segundo lugar, porque conecta con un asunto relevante, como es el de los límites éticos y jurídicos al mercado.

El hecho es que las TRA, al igual que otros avances en el ámbito de las ciencias de la vida y la medicina, han podido o son susceptibles de generar nuevos mercados vinculados al cuerpo humano o a sus partes.¹² Además de los aspectos puramente éticos y económicos, esta cuestión tiene una significativa importancia simbólica. El derecho ha tratado de regular el estatus jurídico en relación con el aspecto económico de partes o funciones del cuerpo, entre los que se encuentran los gametos,¹³ pero el hecho significativo es que estos materiales puedan constituirse en bienes valiosos, pues, como sugiere M. A. Hermitte en un caso análogo, «aquello que es susceptible de crear un mercado deviene finalmente apropiable».¹⁴ Con ello estaríamos en un proceso de apropiación y tráfico que se ha llegado a denominar «la mercancía final»: el cuerpo humano y sus partes.¹⁵

El derecho, en muchas ocasiones, se ha limitado a facilitar los tráficos mercantiles derivados de estas prácticas. Pero no es menos cierto que se ha utilizado con éxito como instrumento de políticas de desmercantilización,¹⁶ en este o en otros ámbitos. Desde un punto de vista moral y político, creo que resulta imperativo defender que determinados aspectos de la vida social no se organicen en torno a relaciones de mercado.¹⁷ Probablemente sea imposible una sociedad en la que el mercado no solo fuera la forma de distribución dominante, sino también la exclusiva. Pero aun en el caso de que fuera posible, de lo que no cabe duda es que sería totalmente indeseable.

Es cierto que para los gametos humanos, y en especial los óvulos, hay toda una tradición, sobre todo en el ámbito anglosajón, que defiende la conveniencia de su mercantilización,¹⁸ o al menos la ausencia de objeciones morales significativas a esta opción.¹⁹ Frente a esta posición hay al menos dos tipos de argumentos que considerar: de un lado, los argumentos de principio, y de otro, los prudenciales. Conviene, de todas formas, separarlos y ser conscientes de las diferencias entre unos y otros. Entre los argumentos de principio son esencialmente importantes el de la desmercantilización (que ya se ha mencionado) y el de la explotación o el riesgo de explotación subyacente a estas prácticas; respecto al otro tipo de argumentos, parece también importante mencionarlos, precisamente porque son independientes y no dependen de los primeros. Y es que con independencia de la validez o no de los argumentos de principio, que estas prácticas fueran abiertamente mercantilizadas

podría generar un rechazo hacia ellas si se percibiera socialmente de forma negativa. Por este motivo, no necesariamente un mercado de gametos será más eficiente que un sistema de donación (en términos de disponibilidad de gametos), como se alega en ocasiones.

Traigo a colación este tipo de argumentos porque la discusión sobre la gratuidad o el mercado de gametos no se plantea en el vacío o en la abstracción de la discusión filosófico-moral. Por el contrario, en nuestro contexto la gratuidad fue introducida, a imagen de la donación de sangre y de la de órganos, como un elemento innegociable y como garantía de la legitimidad y legitimación social de estas prácticas, así como garantía del mejor modo de obtener una mayor disponibilidad de gametos.

La gratuidad era, junto con el anonimato, el gran principio organizativo tradicional de la donación de semen. De hecho, mientras se trataba de la donación de semen, el principio de gratuidad fue incuestionable. Era unánimemente ensalzado como el producto de la solidaridad y, a imagen de la donación de sangre, se ofrecía como garantía de la dignidad de las personas y de la no comercialización del cuerpo humano. Pero cuando las posibilidades técnicas permitieron también la donación de óvulos se produjo un cambio. La extracción de óvulos es pesada, supone riesgos físicos y exige intervenciones médicas de cierta entidad. Donar semen no es complicado y, ofreciendo anonimato, no daba problemas mayores de reclutamiento. Donar óvulos ya era otra cosa.²⁰ Las dificultades de un reclutamiento voluntario y desinteresado eran patentes, y en ese momento el principio de la gratuidad comenzó a tambalearse. No cayó estrepitosamente, puesto que se trataba de una imagen ideológicamente muy útil para la justificación de estas prácticas. Quizá lo más adecuado sería decir que fue «cambiando de significado».

La compensación económica por las donaciones de material reproductor es rechazada en la normativa española en los artículos 5.1 y 5.3 de la Ley 14/2006 (lo mismo que en la Ley 35/1988). La exigencia legal hasta ahora existente viene también avalada por la jurisprudencia constitucional, pues en la Sentencia 216/1997 se afirma que si el uso del término «donación» no resulta incompatible con la dignidad de la persona, es porque esta singular «donación» (referida en este caso a embriones muertos o no viables) «no implica

en modo alguno la patrimonialización, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el art. 2.d) de la Ley 42/1988».

No obstante, la remuneración es una práctica relativamente extendida, hasta el punto de que la propia CNRHA, en su primer informe, recomendó establecer un pago tendente precisamente a regularizar una situación que se daba *de facto* y a evitar que una ausencia total de cualquier pago llevase a una disminución de las donaciones o, aun peor, a un mercado oculto de gametos. En este sentido, propuso unas cifras que estimaba que no desvirtuaban el principio de donación como un acto de finalidad fundamentalmente no lucrativa.²¹

La propia Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA) reconocía que las cantidades propuestas –como otras cualesquiera– eran inevitablemente subjetivas a efectos de compatibilizar la compensación con la finalidad fundamentalmente no lucrativa. Sin embargo, a mi juicio, el problema es más de fondo, porque no creo que exista una cifra que lo pueda compatibilizar, y mucho menos que sea generalizable para todos los casos. Me parece vano tratar de determinar (fundamentalmente en la «donación» de óvulos) ese punto de equilibrio en el que el dinero que se paga sea suficiente compensación por las molestias y riesgos pero que no «desvirtúe la finalidad fundamentalmente no lucrativa». Como ya se ha dicho, en la donación de óvulos el principio de gratuidad tiende a ceder ante las necesidades prácticas de reclutamiento. Pero interpretar el principio de gratuidad de este modo significa desvirtuarlo hasta el punto de que se convierte en mero elemento discursivo de legitimación, el cual, sin embargo, cede ante las presiones mercantiles sin oponerles más que un dique mínimo. La opción de pre-determinar y limitar el pago, con la pretensión de que no sea suficiente para por sí sólo significar la motivación para la «donación», se hace difícilmente sustentable cuando el objetivo confeso es mantener un determinado nivel de «donaciones». Se trata de una opción por un sistema de mercado regulado o de tasas, en el que el precio lo ajusta una autoridad, pero no significa la exclusión de estos bienes del mercado (ya que la referencia última de esa autoridad es el mercado), sino precisamente la puerta de entrada para el mercado y la rendición a él. Se asienta plenamente en el paradigma del mercado y no ya en

el paradigma de la dádiva (o del don), al que, sin embargo, se apela discursivamente para salvar las exigencias legales y las reticencias morales. En el fondo, este intento de solución intermedia puede ser la peor solución. En realidad, habría que optar por la gratuidad total, no tanto por la protección de la dignidad sino para evitar que se den situaciones de explotación injusta. Pero, por el contrario, si se valora que en estos supuestos no se producen o no es posible que se produzca la explotación de la fuerza biológica, entonces ¿para qué establecer límites al sistema de mercado?

Gratuidad, anonimato y reciprocidad

Hay que ser escéptico respecto a la solución a esta cuestión con la normativa actual. Como he dicho, no creo que haya una cifra posible que sea suficiente compensación pero no un pago que pueda llegar a motivar la acción, o que pueda evitar la indeseable existencia de casos de explotación injusta.²² En este sentido, la alternativa que pareceríamos afrontar es, si no queremos seguir con el hipócrita e incoherente sistema actual, tomar en serio la gratuidad y afrontar un descenso de la disponibilidad de gametos, o modificar la ley para introducir el principio de mercado.

Creo, sin embargo, que existe una tercera alternativa, alimentando el altruismo y no desconociendo que incluso con la normativa actual son muchas las personas que donan por motivaciones altruistas y solidarias. Cabría explorar la posibilidad, en concreto con la donación de óvulos, de la desaparición del principio de anonimato. Si fueran posibles las donaciones no anónimas, se abriría la posibilidad de donaciones, pues las personas somos más proclives a actos de altruismo respecto a personas concretas, y más si se trata de familiares o amigos. Además, respecto a ellas preexisten lazos de solidaridad y sobre todo de reciprocidad. Así pues, además de las razones independientes que se puedan encontrar contra el mantenimiento del anonimato de los donantes, se podría encontrar una razón derivada de la conveniencia de fomentar las donaciones no anónimas basadas en motivaciones propias de las relaciones de reciprocidad.

El don es, efectivamente, un elemento central de la reciprocidad, pero, además, según el clásico análisis de Mauss, lo es para la creación y el fortaleci-

miento de los vínculos sociales.²³ En los intercambios recíprocos, el flujo de servicios y productos no depende de un contraflujo definido, ni mucho menos de una contabilidad estricta, como en nuestra sociedad ocurre, por ejemplo, con los regalos que se intercambian amigos y familiares.²⁴ Se podría pensar que la existencia de esta alternativa de donación generaría auténticas donaciones que en ningún caso estarían mediadas por ningún principio mercantil. El esfuerzo, o hasta el sacrificio altruista, no necesitaría ser compensado de forma monetaria. Con ello se evitarían al menos algunas situaciones susceptibles de generar explotación, y sobre todo se fortalecería en buena medida el sistema de donación altruista.

Creo que valdría la pena explorar esta posibilidad. Solo se me ocurren dos argumentos relevantes contra ello. El primero es que significaría cambiar un sistema que, mal que bien, funciona (garantía de anonimato) y está ya asentado, con las dificultades que esto conlleva. Pero al margen de que haya razones autónomas para dudar de la conveniencia de seguir manteniendo el principio del anonimato, como indica la tendencia a desplazarlo que se está produciendo en Europa, no tengo duda de que, además, vale la pena sacrificarlo por el bien del principio de gratuidad. En efecto, dentro de los principios que regulan en la actualidad el intercambio de gametos, es mucho más importante el de la gratuidad que el del anonimato. Lo que aquí se plantea es un sacrificio del primero en beneficio del segundo.

La segunda posible objeción sería la confusión que provocaría la ausencia de anonimato, o los problemas familiares o psicológicos derivados de ella. Pero la confusión no tiene por qué darse si tenemos un sistema claro de atribución de la filiación jurídica, que ya hemos visto que es siempre un acto jurídico «artificial». Respecto a los problemas familiares o psicológicos, rechazar de entrada esta alternativa en función de lo que es nada más que una posibilidad supone un acto de paternalismo seguramente innecesario y poco justificado. Las personas que participasen en este tipo de donaciones serían conscientes de lo que implican, y si las consecuencias jurídico-civiles están bien determinadas, no parece que constituya mayor problema.²⁵

En definitiva, se puede afirmar que no obstante su normalización, quedan cuestiones éticas y jurídicas significativas vinculadas a las TRA en el ser humano.

Algunas como producto de las insuficiencias o defectos de las leyes sucesivas, y otras de sucesos que han planteado problemas a los que la legislación no daba respuesta adecuada. El caso de la gratuidad de las donaciones (y su conexión con el anonimato de los donantes), si bien no es uno de los problemas más debatidos, es de suficiente calado como para llamar la atención sobre él, pues entronca con la cuestión del papel del mercado en el ámbito de la reproducción y del cuerpo. El mantenimiento del principio de gratuidad resulta un aspecto valioso y seguramente irrenunciable, pero probablemente exige modificaciones legales.

Notas

1. Puede consultarse en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.
2. El Tribunal Constitucional entró a evaluar la constitucionalidad de la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida con la Sentencia 116/1999, ante un recurso que tardó diez años en resolver. Bien es cierto que con respecto al recurso paralelo que se había presentado contra la Ley 42/1988, la sentencia dictada en diciembre de 1996 (STC 212/1996) había convalidado la constitucionalidad de la ley con pequeños matices. Teniendo en cuenta que las razones de uno y otro recurso eran similares, parecía previsible ya desde aquel momento que la sentencia fuese a recaer en términos muy similares, rechazando el recurso salvo pequeños detalles puntuales, como acabó sucediendo.
3. Me remito en esto a Lema, C. «Dilemas ético-jurídicos de la reproducción humana. El caso de la reproducción asistida». En: *Derecho sanitario y bioética*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 851-887.
4. Sobre los problemas de justicia distributiva vinculados con el acceso a las técnicas y los criterios de financiación pública, véase Panitch, V. «Assisted Reproduction and Distributive Justice». *Bioethics*, 28, nº 3. doi: 10.1111/bioe.12067.
5. En este punto, varias comunidades autónomas han interpretado de forma diferente la regulación de la Cartera de Servicios del Sistema

- Nacional de Salud, por lo que algunas niegan el acceso a mujeres sin pareja masculina.
6. Como habían reclamado, por ejemplo, Y. Gómez Sánchez en *El derecho a la reproducción humana* (Madrid: Marcial Pons, 1994, pág. 152) y F. Puigpelat en «La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica» (*Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1997, nº 6, págs. 93-109). Me he ocupado en detalle de esta cuestión en *Antes de Beatriz. Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*. Granada: Comares, 2003.
 7. Véase, por ejemplo, Puigpelat, F. «La maternidad por sustitución: ¿una vía para extender los derechos reproductivos de las mujeres?». En: Boada, M.; Coroleu, B.; Guerra-Díaz, D.; Ortiz, J. y Valls-Llobet, C.; Puigpelat, F. y Alkorta, I. *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*. Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2010, págs. 56-71.
 8. La cuestión, que ya ha venido siendo problemática en los últimos años, pasa necesariamente a primer plano por la decisión anunciada a finales de junio de 2014 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Menesson contra Francia* y *Labassee contra Francia*. En ella, el Tribunal considera que ha habido una violación del artículo 8 de la convención, relativo al respeto a la vida privada de los menores nacidos tras contratos de gestación por sustitución en el extranjero, en el hecho de que Francia se niega a reconocer las relaciones de filiación determinadas en Estados Unidos. De acuerdo con el Tribunal, esto afectaría a la identidad de los menores en el seno de la sociedad francesa. En España, de acuerdo con la Ley (art. 10.1), el contrato de maternidad subrogada es nulo y la maternidad viene determinada por el parto. Sin embargo, el caso de nacimientos en el extranjero, en países en los que esta práctica es admisible, está resultando conflictiva desde hace unos años. En 2010, el Ministerio de Justicia dictó una instrucción a los registros civiles admitiendo la inscripción (y la filiación) siempre que el contrato fuese ratificado por sentencia judicial en el país de nacimiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de febrero de 2014, deniega la posibilidad de inscripción de la filiación por considerarla contraria al orden público interno.
 9. Una tendencia que seguramente es coherente con la ruptura respecto a la concepción tradicional de la filiación. Véase Théry, I. «El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento». *Revista de Antropología Social*, 2009, nº 18, págs. 21-42.
 10. Farnós, E. «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, nº 1.
 11. En los artículos 5.1 y 5.3 de la Ley 14/2006. Ello en coherencia con el artículo 21 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina.
 12. Véase Radin, M. J. *Contested Commodities: The trouble with trade in sex, body parts, and other things*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
 13. Raposo, V. L. «Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2012, nº 37, págs. 93-122.
 14. Hermitte, M. A. «Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché». En: Edelman, B. y Hermitte, M. A. *L'Homme, la nature et le droit*. Christian Bourgois, 1988, pág. 86.
 15. Berliquier, G. y Garrafa, V. *La merce finale. Saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, Milán: Baldini & Castoldi, 1996.
 16. El concepto de «desmercantilización» es introducido por K. Polanyi (*La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta, 1989, pág. 389 y sigs.). Para la estrategia de desmercantilización como uno de los elementos distintivos de las políticas públicas del Estado del bienestar, véase Esping-Andersen, G. *Los tres mundos del estado del bienestar*. Valencia: Alfons El Magnànim, 1993, págs. 41-42 y 57-80, y Offe, C. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Madrid: Alianza, 1988, y en especial la Introducción de John Keane, págs. 19-24.
 17. En el ámbito de la filosofía política ha habido un creciente interés por este asunto. Con carácter general compárese con Arnspenger, C. *Crítica*

de la existencia capitalista. Buenos Aires: Edhasa, 2008. Centrándose en aspectos más concretos relativos a los límites éticos del mercado, hay valiosas aportaciones actuales al debate en Anderson, E. *Value in Ethics and Economics*. Cambridge-Londres: Harvard University Press, 1993, pág. 141 y sigs.; Satz, D. *Why some things should not be for sale. The moral limits of markets*. Oxford: Oxford University Press, 2010, y Sandel, M. J. *What money can't buy. The moral limits of Markets*. Nueva York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

18. Un ejemplo paradigmático es el de Resnik, D. B. «Regulating the Market for Human Egg». *Bioethics*, 15, 2001, nº 1, págs. 1-25. Para una destacada consideración crítica de estas posiciones, véase Cambrón, A. «Los óvulos en el mercado y los derechos de género». En: Varios Autores. *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, 2008, págs. 219-264.
19. Maklin, R. «What is Wrong With Commodification?». En: Cohen, C. (comp.), *New ways of making babies: the case of egg donation*. Bloomington: Indiana University Press, 1996, págs. 106-121. Habitualmente, buena parte de la cuestión se centra en el argumento de que sería una restricción paternalista injustificada a la autonomía de los vendedores autónomos y libres. En un reciente trabajo centrado en la venta de riñones, pero sobre una base de discusión relativamente similar, E. Malmqvist ha mostrado que las prohibiciones generales no tienen por qué ser injustificablemente paternalistas, pues no se trata de restringir la autonomía de determinados individuos por su propio bien, sino probablemente de consecuencias inevitables de la protección de individuos no autónomos frente a daños que no han elegido, «Are Bans on Kidney Sales Unjustifiable Paternalistic?». *Bioethics*, 28, 2014, nº 3, págs. 110-118.
20. Sobre las cuestiones jurídicas de la donación de óvulos, véase Alkorta, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003, págs. 249-261.
21. La palabra «lucrativa» se suele utilizar en estas discusiones en su sentido coloquial. El motivo es la utilización de esta palabra en la propia Ley: «la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial» (art. 5.3). Aquí, «lucrativo» se utiliza como antónimo de gratuito. En realidad, en un uso jurídico estricto, «lucrativo» significa lo contrario, ya que se califica como tal el negocio jurídico en el que el beneficio de una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida. De hecho, la donación se señala precisamente como el prototipo de negocio jurídico lucrativo. Claro que la «donación de gametos y preembriones» tampoco tiene demasiado que ver ni se usa en el sentido de la donación en el Código Civil. Aunque resulte equívoca esta forma de manejar los conceptos jurídicos en las leyes, hay que tenerla en cuenta, y ser consciente de que, al margen de otros términos, lo que aquí se está discutiendo es la gratuidad o no gratuidad.
22. Por el contrario, a favor de esta posibilidad puede verse Steinbock, B. «Payment for egg donation and surrogacy». *The Mount Sinai Journal of Medicine*, 71, 2004, nº 4, págs. 255-265.
23. Mauss, M. *The Gift. The form and reason for exchange in archaic societies*. Londres: Routledge, 2002.
24. Harris, M. *Introducción a la antropología general*. Madrid: Alianza, 1994, pág. 310 y sigs.
25. Hay que destacar que esto se podría trasladar en alguna medida a la maternidad subrogada. Una propuesta, la maternidad subrogada altruista, que ya ha sido defendida en otras ocasiones (por ejemplo, Alkorta Idiakez, I. «La regulación jurídica de la maternidad subrogada». En: *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*. Barcelona: Fundació Víctor Grifols i Lucas, 2010, págs. 73-80). Las dificultades no serían mucho mayores. Por un lado, excluye la posibilidad de explotación injusta, que es el principal argumento contra esta práctica. Por otro lado, las dificultades técnico-jurídicas serían mayores (determinación de la maternidad por el parto), pero no insalvables.

**Cuestiones no resueltas
de las técnicas de
reproducción asistida**

Introducción

Francesca Puigpelat

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona

En este apartado se pretende analizar el tema de las técnicas de reproducción asistida (TRA) desde la perspectiva jurídica, sociológica y psicológica.

En este sentido, se entra primero en el análisis de dos aspectos de la regulación española que vuelven a estar muy discutidos: el del anonimato de los donantes de gametos y el de la nulidad de los contratos de gestación subrogada. Cuando se aprobó la primera Ley de 1988 ya se planteó que había un conflicto entre el mantenimiento del anonimato y el derecho del nacido por medio de TRA a conocer su identidad biológica. Pero tal y como se describe, se cree razonable acabar con el anonimato, dado que se ha consolidado cada vez más en los ordenamientos jurídicos el derecho a conocer los propios orígenes, sin que eso comporte el establecimiento de vínculos legales de filiación. En relación con la nulidad del contrato de gestación por subrogación, se explora también la posibilidad y conveniencia de una forma legal. Muchos ciudadanos españoles han acudido a países en los que la gestación por subrogación está reconocida legalmente y tienen muchos problemas para inscribir en España la filiación de los niños, dificultades que se han visto agravadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

Por otro lado, el presente texto pretende también abordar la gestación por subrogación desde una vertiente personal y social, razón por la que se recoge una experiencia individual explicitada por uno de sus protagonistas. Esta experiencia profesional y sociológica aporta datos para contextualizar y redimensionar el fenómeno de la gestación, así como cuestionar algunas objeciones éticas que se utilizan para no autorizar legalmente la gestación por subrogación, como son la explotación de las mujeres con pocos recursos, la comercialización del propio cuerpo, la especial relación que hay entre la mujer gestante y el niño que ha gestado, y el comercio de niños.

Finalmente, este apartado analizará la cuestión desde la perspectiva psicológica, referente a la necesidad de atender a las dificultades sociales y emocionales de las personas que recurren a las TRA. Esta idea psicológica no está prevista en la ley española, y se considera razonable proponer su obligatoriedad. Aunque, como se señala en el texto, hay pocos estudios sobre los beneficios de los tratamientos psicológicos en las personas estériles, se han ido perfilando los objetivos de cuál debería ser el modelo de asistencia. Se trata de educar al paciente en estrategias de afrontamiento o manejo de la ansiedad, para que no se vea tan afectado desde el punto de vista anímico y tenga una mejor calidad de vida durante el tratamiento. Para conseguirlo es fundamental ofrecer la información adecuada al paciente y ayudarle a asimilarla.

Derecho y reproducción asistida: nuevos retos treinta años después

Esther Farnós

Profesora de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra

Introducción

Desde el nacimiento, en 1984, de Victòria Anna, el primer bebé concebido mediante fecundación *in vitro* (FIV) en España, son muchas las transformaciones experimentadas por las técnicas de reproducción asistida (TRA).¹ En estos 30 años, la sociedad ha cambiado: ha aumentado la demanda social de estas técnicas, y el fenómeno globalizador ha planteado nuevos retos no solo desde el punto de vista científico o ético, sino también desde el jurídico. Los primeros cambios motivaron que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE nº 282, de 24 de noviembre), fuera reformada en 2003 para, entre otros objetivos, minimizar el problema de los embriones sobrantes y ampliar sus posibles destinos.² Esta primera ley fue sustituida finalmente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA, BOE nº 126, de 27 de mayo). La ley vigente ha sido, a su vez, objeto de importantes reformas, como la introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE nº 65, de 16 de marzo), a los efectos de reconocer la doble filiación materna cuando eran dos mujeres casadas las que accedían a las TRA (art. 7.3, LTRHA). Pero los continuos avances sociales y científicos explican que existan, en la ley vigente, otras soluciones cuestionables. Por razones de extensión me detendré en dos aspectos que evidencian que la legislación española sobre reproducción no es tan liberal como puede parecer: el anonimato del donante de gametos y la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. En un contexto globalizador, ninguna de estas cuestiones es ajena al fenómeno del «turismo reproductivo», tercer aspecto en el cual me centraré.

La cuestión más importante que suscita el anonimato del donante nace de su contraposición con un posible derecho a conocer los orígenes que, de existir, vaciaría de contenido la regla legal del anonimato. Asimismo, el anonimato del donante evidencia los problemas derivados de la diferencia de regulaciones en relación con el llamado «turismo reproductivo». Pero si en algún contexto en particular se evidencian las diferencias en regulaciones y aproximaciones de los ordenamientos a las TRA, es en el de la gestación por sustitución.³ La denegación de efectos a este tipo de acuerdos en España, donde la ley los considera nulos de pleno derecho (art. 10.1, LTRHA), junto con la generalización del fenómeno globalizador, han motivado que a través del turismo reproductivo cada vez más ciudadanos españoles accedan a esta práctica en otros países y, una vez en España, soliciten el reconocimiento de la sentencia judicial o la certificación registral extranjera que los considera hijos suyos. La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, en cuyo análisis me detendré, ha situado a estos ciudadanos y a sus hijos en una encrucijada que, ahora más que nunca, exige una respuesta legislativa urgente.

Sin embargo, existen otros muchos aspectos de la ley vigente que plantean dilemas ético-jurídicos. Sin vocación de exhaustividad, y solo para citar algunos ejemplos, podemos pensar en cuestiones de acceso a las TRA, en relación con su financiación; en su posible uso con fines eugenésicos, limitado por el artículo 1.1 de la LTRHA, y en la prohibición de la clonación humana con fines reproductivos (art. 1.3, LTRHA); en el carácter de la «compensación» a que alude el artículo 5 de la LTRHA en relación con la supuesta gratuidad de la «donación» de gametos y preembriones;⁴ en la indeterminación de la edad máxima de acceso a la reproducción asistida (arts. 6.1 y 11.3, LTRHA) en relación con los dilemas planteados por las llamadas «madres-abuelas»; en las lagunas existentes en torno a la disposición de los embriones sobrantes, en especial cuando existe desacuerdo entre los miembros de la pareja que los creó (art. 11, LTRHA),⁵ o en el recurso al diagnóstico genético preimplantacional con fines distintos a la detección de determinadas enfermedades o alteraciones sobre el preembrión (art. 12, LTRHA), como puede ser la selección de sexo por razones de equilibrio familiar.

El anonimato del donante

Anonimato del donante frente al derecho a conocer los orígenes

La principal cuestión que suscita la garantía de anonimato del donante, que todavía reconocen algunas legislaciones, entre ellas la española (art. 5.5, LTRHA), es la de su compatibilidad con el derecho del nacido a conocer sus orígenes. La existencia de tal derecho dejaría sin contenido las legislaciones más restrictivas, que no presentan una regla general favorable a conocer la identidad y otros datos relevantes del donante, así como las posibilidades que se contemplan en ordenamientos desregulados o casi desregulados,⁶ como los estadounidenses, que solo dejan en manos del donante la posibilidad de ser contactado por la descendencia, y otorgan carácter vinculante a los acuerdos entre el donante y el centro, por los que el segundo garantiza al primero la confidencialidad.⁷

En relación con la existencia de un posible derecho fundamental del futuro hijo, a quien se pretende evitar un hipotético daño derivado de la donación anónima de gametos que hizo posible su concepción (aunque admitamos que nadie puede verse dañado por el acto anónimo de donación que lo lleva a producir) puede verse dañado este derecho si se le priva del acceso a su origen genético.⁸

El derecho a conocer los orígenes se ha consolidado en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno sociocultural, en el contexto de la adopción en un primer momento y en el de la filiación derivada de TRA, después. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido un papel relevante en su configuración como un derecho esencial para el desarrollo de la propia identidad, que no necesariamente debe evolucionar hacia un vínculo jurídico de filiación con el progenitor o progenitores, y que forma parte del derecho a la vida privada que reconoce el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH).⁹

Gaskin contra Reino Unido fue el primer caso en que la Gran Sala del TEDH (7 de julio de 1989, TEDH 16) reconoció este derecho, al con-

siderar que la prohibición de las autoridades británicas que asumieron la guarda de un menor de acceder a su expediente podía violar la vida privada reconocida por el artículo 8 del CEDH, en tanto que contenía información sobre aspectos personales de su infancia que constituían la principal fuente de información sobre su pasado y sus años de formación. La misma doctrina mantuvo la sección 1ª en *Mikulic contra Croacia* (7 de febrero de 2002, JUR 78019) para fundamentar la procedencia de una acción de reclamación de la paternidad no matrimonial ejercitada por una madre y su hija. En *Odièvre contra Francia* (13 de febrero de 2003, TEDH 8), aunque la Gran Sala confirmó el margen de apreciación del Estado francés e impidió a la recurrente, abandonada al nacer, acceder a los datos de su nacimiento, en aplicación de la legislación francesa sobre parto anónimo, reconoció la existencia de un derecho a conocer los orígenes. En *Jaggi contra Suiza*, la sección 3ª del TEDH (13 de julio de 2006, JUR 210705) integró el derecho a la propia identidad, posible gracias al conocimiento de los orígenes, dentro de la noción «vida privada», al considerar que debía ser estimada una acción de reclamación de paternidad ejercitada por el hijo de una madre soltera más allá de los límites temporales que fijaba, muy restrictivamente, la legislación nacional. En *Backlund contra Finlandia*, la sección 4ª (6 de julio de 2010, TEDH 81) concluyó que la identidad de los propios padres forma parte de la identidad personal de cada uno, razón por la cual consideró desproporcionado fijar un plazo temporal rígido para el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad.

Más allá de la jurisprudencia del TEDH, cuya influencia es decisiva, cada vez son más los ordenamientos europeos que otorgan un mayor alcance al derecho a conocer los orígenes, que se plasma en la posibilidad de revelar la identidad del donante de gametos, una vez el nacido ha alcanzado la madurez suficiente, sin que ello comporte el establecimiento de vínculos legales de filiación.

En la línea iniciada por las pioneras leyes sueca y austriaca en 1984 y 1992 (art. 4, Ley nº 1140, y art. 20, *Fortpflanzungsmedizingesetz*), en los últimos años varios países europeos han optado por la misma

solución. Así, el artículo 27 de la Ley federal suiza sobre procreación médicamente asistida, de 18 de diciembre de 1998 (Ley RS 810.11), permite a los mayores de 18 años conocer la identidad y algunos datos relativos al aspecto físico de los donantes. En Noruega, los artículos 2-7 a 2-9 de la Ley sobre la aplicación de la biotecnología en la medicina humana (Ley 100, de 5 de diciembre de 2003) contienen una previsión idéntica. Desde el 1 de junio de 2004, la Ley holandesa sobre datos del donante, de 25 abril de 2002, permite a los mayores de 16 años concebidos mediante gametos donados, a sus padres o a los equipos médicos solicitar información sobre la identidad del donante. En Reino Unido, los *Statutory Instruments 2004 n.º. 1511 – The Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information)* permiten a los que fueron concebidos a partir de abril de 2005 mediante esperma, óvulos o preembriones donados, solicitar información que identifique a los donantes, tras cumplir los 18 años. En Finlandia, la *Lag om assisterad befruktning*, de 22 de diciembre de 2006 (Ley n.º 1237/2006), también permite conocer la identidad del donante.

La tendencia hacia una mayor transparencia también se impone fuera de Europa.

Así, el Senado australiano elaboró en 2011 un exhaustivo informe sobre la concepción mediante gametos donados que recomienda, entre otras medidas, prohibir el anonimato de las donaciones y proporcionar asesoramiento obligatorio, especialmente dirigido a que los progenitores revelen al hijo el origen de su concepción, a fin de evitarle problemas de identidad.¹⁰ Por su parte, el estado de Victoria permite al concebido mediante gametos donados, a partir de la mayoría de edad –o durante la minoría, con el consentimiento de su representante legal y siempre que tenga la madurez suficiente–, acceder a información identificativa del donante.¹¹ En Canadá, el anonimato del donante impuesto por la *Assisted Human Reproduction Act* (2006) está siendo seriamente cuestionado desde el punto de vista constitucional.¹²

Paradojas de la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida

La jurisprudencia del TEDH, junto con la tendencia general en derecho comparado favorable al reconocimiento de un derecho a conocer los orígenes, contrasta con la situación en España, que puede calificarse de paradójica por varias razones, como se comenta a continuación.

La información que el concebido mediante estas técnicas puede obtener sobre el donante se limita, por regla general, a datos muy básicos, y la revelación de la identidad del donante es ciertamente excepcional. De acuerdo con el artículo 5.5 de la LTRHA:

«La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener *información general de los donantes que no incluya su identidad*. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, *podrá revelarse la identidad de los donantes*, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.»

Esta posibilidad, ya de por sí excepcional, se ve todavía más restringida en la práctica si tenemos en cuenta la prohibición de que conste el origen de la filiación en el Registro Civil. Así, de acuerdo con el artículo 7.2 de la LTRHA:

«En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.»

En consecuencia, el nacido en el marco de una pareja heterosexual ni tan solo tiene por qué saber que fue concebido mediante gametos de tercero, lo

que *de facto* deja al arbitrio de sus representantes legales el ejercicio de esta facultad.

La legislación española en materia de TRA, que como hemos visto no reconoce al nacido un derecho a conocer sus orígenes, entra en conflicto en este punto con la legislación sobre adopción, que lo reconoce en el artículo 180.5 del Código Civil, a partir de una reforma introducida con la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (BOE nº 312, de 29 de diciembre):

«Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho.»

En el caso de Cataluña, el reconocimiento del derecho de los adoptados a conocer sus orígenes en el artículo 235-49 del Código Civil de Cataluña (CCCat, «Derecho a la información sobre el propio origen»),¹³ se complementa, desde la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del CCCat, relativo a la persona y la familia (DOGC nº 5686, de 5 de agosto), con la obligación de los adoptantes de informar al hijo adoptado sobre la adopción (art. 235-50, CCCat):

«Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor.»

El reconocimiento legal de dicha obligación, pese a no tener, por su naturaleza incoercible, efectos vinculantes, quiere garantizar el derecho del hijo a la información sobre el propio origen. Esta garantía se reputa especialmente útil en adopciones intrarraciales, en las que el nacido no tiene por qué deducir de sus rasgos que es adoptado, como sucede con los concebidos mediante TRA por parejas heterosexuales.

El diferente alcance del derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y en la que resulta del recurso a las TRA, que hace de peor condición a los concebidos mediante TRA, además de carecer de base constitucional,¹⁴ no encuentra justificación alguna en la jurisprudencia del TEDH ni es coherente con la tendencia legislativa de la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, favorable a levantar el anonimato del donante, sin que ello suponga el establecimiento de un vínculo de filiación legal con el nacido.¹⁵ En este contexto, el mantenimiento de una regla general basada en el anonimato no se encuentra justificado. Con independencia del peso que cada individuo otorgue a la genética, es evidente que esta tiene un papel en la configuración de la propia personalidad, por lo que no debería ser el Estado el que limitara el acceso a dicha información por parte de los individuos que desean acceder a ella.

Regulaciones diversas y turismo reproductivo

Las diferentes aproximaciones a una misma cuestión no solo se observan entre ordenamientos regulados y desregulados, sino también entre ordenamientos regulados, como evidencia la diversidad existente dentro de los Estados miembros de la Unión Europea.¹⁶ El principal efecto de esta diversidad es el turismo reproductivo,¹⁷ cuya importancia es todavía más acusada en un contexto en el que la medicina reproductiva ha ido adquiriendo mayor importancia y se ha convertido en un motor económico de primer nivel. Diferencias importantes, como la prohibición de la donación de óvulos en países como Alemania, Italia, Noruega, Austria y Suiza, o la discusión sobre la conveniencia de autorizar, aunque de forma limitada, el diagnóstico genético preimplantacional,¹⁸ evidencian que la armonización legal dentro de la Unión Europea es un reto difícil de alcanzar. Así, por ejemplo, en lo que a donación de óvulos se refiere, cualquier decisión sobre su finalidad altruista o sobre su carácter anónimo está directamente influida por las circunstancias políticas, religiosas o sociales de cada país.

En Alemania, donde la donación de óvulos no está permitida y se prevé una pena para el facultativo que la lleve a cabo, los principales argumentos que se invocan para justificar esta opción son la fragmentación de la maternidad que conlleva y las dificultades que plantea para el nacido a la hora de conocer sus orígenes, lo que puede afectar seriamente su

desarrollo psicológico. Sin embargo, la prohibición ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional.¹⁹ Si bien el TEDH tuvo que enfrentarse a dicha prohibición en relación con la legislación austriaca sobre TRA (1992), en el caso *S.H. y otros contra Austria*, la decisión final de la Gran Sala de 3 de noviembre de 2011 (JUR 369437) puso el acento en el margen de apreciación de los Estados para regular una cuestión sensible como esta, y afirmó que los ciudadanos austriacos podían acceder a la técnica en otros países que la permitían, por lo que acabó legitimando la cuestionable opción del turismo reproductivo.²⁰ Aunque los jueces de la Gran Sala insistieron en que el pronunciamiento solo se aplicaba a un caso concreto, son claros los efectos colaterales de la sentencia, en especial para países como Alemania, que mantienen prohibiciones similares y que se hubiesen visto claramente perjudicados por el primer pronunciamiento del TEDH, en el que la sección 1ª, en sentencia de 1 de abril de 2010 (JUR 97861), había condenado a Austria.

Incluso entre países con legislaciones supuestamente liberales en materia de reproducción asistida, como España y Reino Unido, la aproximación a determinadas cuestiones, como la donación de óvulos, es muy diferente. Así, mientras que en España la regla general sigue siendo el anonimato del donante (art. 5.5, LTRHA), en Reino Unido puede ser identificado a petición del hijo tras cumplir los 18 años de edad.²¹ La garantía de anonimato en la legislación española, unida a los menores costes económicos de las TRA en nuestro país, a la indeterminación de la edad máxima de acceso a estas y a listas de espera más cortas por la mayor disponibilidad de donantes que comporta la garantía del anonimato, motivan que también las mujeres británicas viajen a España para acceder a un tratamiento permitido en su país.²²

La nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España

España, ¿destino reproductivo?

España no es tan solo uno de los principales destinos reproductivos,²³ puesto que cada vez son más los ciudadanos españoles que viajan a otros países para

acceder a la gestación por sustitución (GS),²⁴ respecto de la cual podemos afirmar que la legislación española sobre TRA no goza del carácter liberal que la caracteriza. La declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos de gestación por sustitución por la legislación española (art. 10, LTRHA) determina que ante esta práctica el turismo reproductivo se produzca a la inversa, de modo que España deja de ser el país receptor.²⁵ Este fenómeno, que ha aumentado en los últimos años también con respecto a muchos otros países,²⁶ lleva a cuestionar si es necesaria una reforma legal y, en este caso, en qué condiciones y a qué nivel.²⁷

Como respuesta a la realidad motivada por el turismo reproductivo ante la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución en España, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE nº 243, de 7 de octubre). La Instrucción permite que la filiación a favor del padre o padres comitentes se inscriba y despliegue efectos en España, en tanto que no consta la filiación materna a favor de la gestante. Es requisito básico para la inscripción, la presentación de una resolución judicial dictada en el país de origen del menor. La exigencia de dicha resolución persigue garantizar que se proteja el interés del menor, puesto que la práctica no consiste en el tráfico de menores, así como el respeto a la capacidad y libre consentimiento de la gestante.²⁸

El caso que inició el debate fue el que dio origen a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 1735), que acordó la inscripción en España de un certificado de nacimiento emitido en California, que declaraba la doble filiación paterna a favor de un matrimonio de dos hombres españoles respecto de unos gemelos nacidos de una gestante subrogada en ese Estado norteamericano. Puesto que la Resolución dejaba abierta la impugnación de la filiación, a partir del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, el JPI nº 15 de Valencia, por sentencia de 15 de septiembre de 2010 (Ley 152885), dejó sin efecto la inscripción entendiendo que existía fraude de ley (en particular, al art. 10 del LTRHA). Esta sentencia fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (AC 1561) y posteriormente por la de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (RJ 736).

La inscripción en España de la filiación declarada en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Por su novedad y posibles repercusiones, el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, presenta un indudable interés. Su aprobación por cinco votos a favor y cuatro en contra, no solo evidencia la división existente en torno a la gestación por sustitución en la propia Sala 1ª del Tribunal Supremo, sino también en la sociedad española.

De los antecedentes de hecho del caso se desprende que los recurrentes no aportaron al proceso ni el contrato de gestación por sustitución ni la sentencia del tribunal californiano que les atribuía la paternidad. El Tribunal Supremo se centra en analizar si la decisión de la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar su filiación de acuerdo con la legislación californiana puede ser reconocida, y desplegar sus efectos –en concreto, la determinación de la filiación a favor de los recurrentes– en el sistema jurídico español. Al tener ante sí una certificación registral extranjera que declara la filiación de dos menores, el Tribunal Supremo de entrada recurre con acierto a los artículos 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (BOE nº 151, de 10 de junio), y 81 y 85 de su Reglamento, todos ellos sobre reconocimiento de títulos extranjeros, para ver si cumple sus requisitos: realidad del hecho inscrito; regularidad y autenticidad del mismo (esto es, que el asiento que es la base del certificado, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española), y legalidad conforme a la ley española (control de contenido del asiento objeto de dicha certificación que permita denegar su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español).

Orden público

Al llevar a cabo el control de legalidad de la certificación registral extranjera conforme con la legislación española, la decisión de la mayoría considera que la gestación por sustitución es contraria al orden público internacional español, por lo que no puede desplegar efectos en España.

Frente al argumento de los recurrentes, según el cual el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español porque este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del mismo, el Tribunal Supremo considera decisivo que la filiación cuyo acceso al Registro se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución (Fundamento Jurídico nº 11).²⁹

Sin embargo, resulta difícil invocar la contrariedad al orden público respecto de una norma que no es prohibitiva, sino que se limita a no reconocer efectos en España de un determinado contrato.³⁰ Asimismo, el Tribunal Supremo realiza el control del orden público respecto de una determinada institución (la gestación por sustitución) y no respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero en España.³¹ Se trata de un control en abstracto que es incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que era mero reflejo registral de una resolución judicial previa y que únicamente requería comprobar si en el *caso concreto* se vulneraba el orden público internacional español.³² Por el contrario, al llevar a cabo el control de contenido, el Tribunal Supremo parece presumir que todo acuerdo de gestación por sustitución es explotador: «(...) en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FJ 3º.6).

Discriminación

El Tribunal Supremo también rechaza el argumento de los recurrentes basado en la discriminación respecto de las parejas de dos mujeres que acceden a las TRA, a las que la ley permite inscribir la doble filiación (art. 7.3, LTRHA). Según el Tribunal Supremo, «la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California» (FJ 4º.2). Con ello, el Tribunal Supremo parece aludir a que la consecuencia sería la misma si la pareja que hubiera recurrido a la gestación por sustitución en estas circunstancias fuera heterosexual. Con independencia de la valoración que el argumento nos merezca, su éxito se subordina al del orden público internacional español.

Interés superior del menor

Si bien el Tribunal Supremo admite que el no reconocimiento de la filiación puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, afirma que: «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma» (FJ 5º.6), por lo que considera decisivo que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación, supone también un perjuicio para el menor, que atenta contra su dignidad y lo convierte en objeto del tráfico mercantil (FJ 5º.8).

Este argumento entra en tensión, de nuevo, con el del voto particular, según el cual «no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso perfectamente individualizada». ³³ Al contraponer el interés del menor con su dignidad, el Tribunal Supremo ignora que la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño. ³⁴ En último término, el interés superior del menor es una cláusula general cuya principal ventaja es la posibilidad de adaptar las soluciones a los criterios de la conciencia social, siempre en evolución. ³⁵

Puesto que en el caso no se llegó a probar que ninguno de los recurrentes fuera el padre biológico de los menores, el Tribunal Supremo insta al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, tomando en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar *de facto* y la ruptura de todo vínculo con la gestante, por lo que remite al padre biológico la reclamación de la paternidad, que el propio art. 10.3 del LTRHA posibilita, y al otro recurrente a la adopción, a fin de que pueda determinarse la doble filiación paterna en este caso. Esta solución, además de ignorar la realidad social acaba conduciendo, por una vía más gravosa, a la misma solución que se demanda, por lo que resulta insatisfactoria para los colectivos de ciudadanos españoles que acceden en la actualidad a la gestación por sustitución y para sus hijos. ³⁶

Balance de la sentencia

La sentencia analizada ha provocado desconcierto en un momento en que varios tribunales españoles habían reconocido efectos en el orden social, en forma de permisos de paternidad y maternidad, a los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero por parte de ciudadanos españoles. ³⁷

Mientras no se produzca una (esperada) reforma del artículo 10 de la LTRHA, la filiación materna deberá seguir determinándose por el parto. Esta solución no es coherente con la superación de este como el único criterio de determinación de la maternidad, a favor de criterios más basados en la determinación de la maternidad por la voluntad, como sucede respecto al acceso de dos mujeres a las TRA (art. 7.3, LTRHA, y arts. 235-8 y 235-13, CCCat). La inseguridad jurídica que plantea la falta de una reforma legal del artículo 10 de la LTRHA, en especial dado el auge del turismo reproductivo, es obvia.

Más allá de posibles respuestas a nivel internacional, los retos planteados en los últimos años en materia de gestación por sustitución en España y en otros países demandan respuestas legislativas a nivel interno. Por razones de seguridad jurídica claramente vinculadas al interés del menor, la realidad social exige una respuesta normativa a este fenómeno, en especial cuando tras la sentencia del pasado 6 de febrero los menores gestados de esta forma que se encuentran en nuestro país están en una situación claudicante, puesto que la

sentencia plantea la posibilidad de solicitar la nulidad de inscripciones registrales ya realizadas. Ahora bien, al pronunciarse la sentencia solo sobre el reconocimiento de una certificación registral extranjera, el autor sostiene que las inscripciones basadas en una resolución judicial, como exigía la Instrucción de la DGRN, a la que el Tribunal Supremo ni tan siquiera alude, no tendrían por qué verse amenazadas.³⁸ Sin embargo, el concepto restrictivo de orden público que maneja el Tribunal Supremo es incompatible con la Instrucción, por lo que *de facto* su eficacia también podría quedar afectada por la sentencia.³⁹

En el plano legislativo, la Instrucción de la DGRN establece unas pautas que el legislador español debería aprovechar. Mientras esto no sucede, el próximo mes de julio entrará en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE nº 175, de 22 de julio), que guarda silencio sobre la realidad de la gestación por sustitución, de modo que mientras no se modifique el texto pendiente de aprobación para contemplar el supuesto concreto que aquí nos ocupa, el reconocimiento de resoluciones extranjeras seguirá dependiendo de la valoración de orden público (art. 98, en relación con el art. 96, *d*) y, en este punto, nada impide a los operadores jurídicos seguir la misma línea restrictiva que el Tribunal Supremo. Mientras se mantenga esta misma concepción del orden público internacional español, resulta necesaria, más que nunca, una reforma legal, ya a nivel interno,⁴⁰ ya internacional,⁴¹ en especial cuando las dobles maternidades y las dobles paternidades dejaron de ser hace tiempo, con la adopción primero y mediante el desarrollo de las TRA después, una cuestión de orden público en España.

Notas

1. Veiga, A. *El milagro de la vida. De la fecundación «in vitro» a las células madre*. Barcelona: RBA, 2011.
2. Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE nº 280, de 22 de noviembre).
3. Desde el punto de vista terminológico, el uso de la expresión «gestación por sustitución» se justifica porque es el legal (art. 10, LTRHA), además de que es el más neutro: Lamm, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
4. En este punto se observa un claro alejamiento entre la realidad y la norma, pues el artículo 5.3 de la LTRHA tan solo establece que la compensación por la donación de gametos debe limitarse a las «molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para esta». La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida fijó inicialmente la cuantía de la compensación por la donación de óvulos en 600 euros, aunque en 2010 emitió una opinión que validó la práctica de los centros privados, que la fijaba en 900 euros: véase Raposo, V. L. «Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético?». *Rev Der Gen H*, 2012, nº 37, págs. 93-122. En contra de la mercantilización de bienes como los que aquí nos ocupan, véase Sandel, M. J. *What money can't buy: the moral limits of markets*, Nueva York: Farrar, Strauss and Giroux, 2013.
5. En *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones* (Barcelona: Atelier, 2011) trato sobre el posible uso de estos embriones con fines reproductivos, con especial atención a las consecuencias que debería tener en materia de filiación la implantación de los embriones una vez producida la ruptura del proyecto parental (pág. 247 y sigs.). Sobre la disposición de embriones con fines no reproductivos, véase el caso C-34/10 *Oliver Brüstle contra Greenpeace e. V.*, resuelto el 18 de noviembre de 2011, en el que el TJUE denegó la patentabilidad de una técnica que implicaba la destrucción de embriones humanos. En abril de 2013 la Oficina Europea de Patentes (EPO) revocó la patente.
6. Sobre la distinción entre ordenamientos que regulan las TRA y ordenamientos desregulados o casi desregulados, véase Alkorta, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003; «Regulación de la medicina reproduc-

- tiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)». *Rev Der Gen H*, 2003, nº 18, págs. 41-89; y «Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)». *Rev Der Gen H*, 2003, nº 19, págs. 23-41.
7. Aunque existen otras propuestas, como las favorables a los registros pasivos, a los que pueden acceder los nacidos que hayan sido informados de que fueron concebidos mediante gametos donados: Cahn, N. *Test tube families. Why the fertility market needs legal regulation*, Nueva York: New York University Press, 2009. Compárese con las propuestas por registros activos, que no hacen depender el ejercicio del derecho de la información previa por parte de los progenitores: Cohen, I. G. «Rethinking sperm-donor anonymity: of changed selves, non-identity, and one-night stands», *Georgetown Law J*, 100, 2012, pág. 431, Harvard Public Law Working Paper nº 11-32.
 8. Cahn, citado en contra, Cohen, *op. cit.*, para quien, cuando una determinada intervención puede conllevar la existencia de una persona, los argumentos basados en su bienestar resultan, cuanto menos, problemáticos. Así, la decisión de traer o no un hijo al mundo siempre queda vacía de contenido ante una objeción basada en sus mejores intereses, pues ello implica, o bien no traerle al mundo, o bien traer al mundo a un individuo distinto.
 9. En esta línea, son varios los estudios que demuestran que las justificaciones tradicionales para mantener el secreto han perdido valor, de modo que la tendencia legal favorable al mayor reconocimiento del derecho a conocer los orígenes se podría ir extendiendo cada vez más: Blauwhoff, R. J. *Foundational Facts, Relative Truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins*. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2009, págs. 10-11, 341 y sigs. En contra, véase De Melo Martín, I. «The ethics of anonymous gamete donation: is there a right to know one's genetic origins?». *Hastings Center Report*, 44, 2014, nº 2, págs. 28-35.
 10. Parliament of Australia – Senate. *Donor conception practices in Australia*, Canberra, Commonwealth of Australia, 2011, págs. 1-148, recomendaciones 3 y 25, págs. 11 y 15.
 11. Parte 6, secciones 56-63, *Assisted Reproductive Treatment Act*, 2008, nº 76.
 12. Cameron, A.; Gruben, V. y Kelly, F. «De-anonymising sperm donors in Canada: some doubts and directions». *Can J Fam L*, 26, 2010, págs. 95-148.
 13. «1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.
2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.
3. Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si los pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro.
4. El adoptado puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogénéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado es menor de edad.
5. Los derechos reconocidos por los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones.»
 14. De contrario a los artículos 39.2, 10, 15 y 39.3 CE, en relación con el artículo 24.1 CE, calificó el artículo 5.5 de la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE nº 282, de 24 de noviembre), equivalente al vigente artículo 5.5 de la LTRHA, Pantaleón Prieto, A. F. «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, 1988, nº 5, págs. 31-36.
 15. En España, esta consecuencia está prevista en sede de adopción y también de TRA, en aquellos casos –ciertamente excepcionales– en los que se puede llegar a conocer la identidad del donante: así, de acuerdo con el artículo 180.4 del Código Civil, en sentido similar al citado artículo 235-49.2 *in fine* CCCat, «La determinación de la filiación que por natu-

- raleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción», y de acuerdo con el artículo 8.3 de la LTRHA, «La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación».
16. Romeo Casabona, C. M.; Paslack, R. y Simon, J. W. «Reproductive medicine and the law: egg donation in Germany, Spain and other European countries». *Rev Der Gen H*, 2013, nº 38, págs. 15-42.
 17. A favor de la expresión más neutral «Cross Border Reproductive Care», véase Shenfield, F. *et al.*, «Cross border reproductive care in six European countries». *Human Reproduction*, 25, 2010, nº 6, pág. 1361.
 18. Véase *Costa y Pavan contra Italia*, resuelta por la sección 2ª del TEDH el 28 de agosto de 2012 (TEDH 72). La ley italiana sobre TRA, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, restringe el acceso a las técnicas a las parejas heterosexuales infértiles (art. 5) y, hasta la sentencia de su Tribunal Constitucional de 9 de abril de 2014 también lo limitaba a las técnicas homólogas (art. 4.3). El diagnóstico genético preimplantacional está permitido en algunos países de la Unión Europea, entre ellos España, para evitar la transmisión de enfermedades genéticas, como la hemofilia, a la descendencia, o para detectar otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión (art. 12, LTRHA); en cambio, la legislación italiana no lo permite. De acuerdo con esta legislación, en este caso la única opción para la pareja recurrente era tener el hijo y abortar en caso de que naciera con la enfermedad genética que pretendían evitar mediante el acceso al diagnóstico genético preimplantacional. Pese a admitir que el diagnóstico genético preimplantacional plantea cuestiones morales y éticas serias, el TEDH consideró que la ley italiana era incoherente y desproporcionada, al vulnerar su derecho a la vida privada y familiar (art. 8, CEDH), puesto que existe un derecho a acceder a las TRA y, en particular, al diagnóstico genético preimplantacional «para concebir un hijo que no se encuentre afectado por una enfermedad genética en particular» (FJ 57). Al respecto, véase Penasa, S. «The Italian regulation on assisted reproductive technologies facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy», *Rev Der Gen H*, 2012, nº 37, págs. 155-180.
 19. Romeo, Paslack, Simon, *op. cit.*, pág. 23.
 20. Para una crítica, que acusa la sentencia de promover la «discriminación elitista», véase mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida*, *op. cit.*, pág. 63. Otros autores han puesto énfasis en los riesgos de baja calidad del tratamiento obtenido en el extranjero: Thorn, P. *Reproductive travel. An expertise on behalf of pro-familia*. Frankfurt am Main: German Society for Family Planning, Sex Education and Sexual Counselling Association, 2008, pág. 6.
 21. Véase, al respecto, los citados *Statutory Instruments 2004 n.º 1511 – The Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information)*.
 22. La situación en Reino Unido provoca que el 75% de las técnicas se lleven a cabo en centros privados, con los mayores costes económicos que ello implica (el tratamiento puede costar el doble que en los países del sur y el este de Europa). Asimismo, el 60% de las mujeres que quieren acceder a ellas tienen más de 40 años, edad que constituye el límite legal en Reino Unido: Romeo, Paslack, Simon, *op. cit.*, págs. 32-33.
 23. Así, la posibilidad de utilizar gametos donados, la garantía de anonimato del donante, la no exclusión de las parejas no casadas y de lesbianas del acceso a las técnicas, así como los menores costes y las listas de espera más reducidas, han convertido a España en uno de los principales destinos reproductivos de parejas y mujeres solas de otros países: Shenfield *et al.*, *op. cit.*
 24. Principalmente a Estados Unidos pero, por razones económicas, hasta hace bien poco también a Ucrania o la India. Parece ser que la situación de crisis política que atraviesa Ucrania desaconseja acceder allí para la gestación por sustitución, mientras que recurrir a ella en la India se encuentra paralizado desde 2010, cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado, para poder inscribir en España la filiación resultante, exige una resolución judicial del país extranjero, que la India no emite.
 25. Sobre la necesidad de dar respuesta a este fenómeno me he pronunciado en «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». *International Family Law*, 2013, págs. 68-72.

26. Consciente de ello, la Conferencia de La Haya se planteó si la gestación por sustitución es estadísticamente relevante y qué países la abordan a nivel interno: en un Informe Preliminar elaborado en marzo de 2012 se constató que entre 2006 y 2010 los acuerdos internacionales de gestación por sustitución habían incrementado en un 1.000% en las cinco grandes agencias especializadas que se habían consultado, y en un 40% a nivel general en 2008. Véase el documento preliminar nº 10 de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (disponible en línea).
27. Véase Trimmings, K. y Beaumont, P. (comp.). *International surrogacy arrangements. Legal regulation at the International level*. Oxford and Portland: Hart, 2013.
28. En los últimos años, la DGRN ha tenido que resolver un número relevante de recursos contra la negativa a la inscripción de filiación por parte de los registros civiles consulares y, en alguna ocasión, del Registro Civil central en supuestos de nacidos mediante gestación por sustitución. Entre mayo y diciembre de 2011 se resolvieron 15 recursos de este tipo, lo que pone de relieve la incidencia de la práctica en España. 11 fueron resueltos favorablemente a los recurrentes, padres de intención o comitentes; tres fueron desestimados, y uno se resolvió admitiendo el desistimiento de los promotores. En 12 de estos recursos el acceso a la gestación por sustitución había tenido lugar en Estados Unidos, y en los tres desestimados había tenido lugar en la India, de lo que se infiere que los supuestos que proceden de dicho país plantean mayores problemas de reconocimiento, posiblemente porque no existía resolución judicial del país extranjero que acreditara la filiación que se pretendía, ni constaba la identidad de la madre gestante: véase Álvarez González, S. «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa». En: Pellisé, C. (comp.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*. Madrid: Marcial Pons, 2014, págs. 61-74. Con posterioridad, y con base en la doctrina sentada por la Instrucción, la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 2013 denegó la inscripción de la filiación paterna y materna de una menor nacida en San Diego (California), al aportarse para la inscripción tan solo el informe hospitalario, con la factura. Ha aplicado la Instrucción, a los efectos de permitir la inscripción de la filiación en España, el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pozuelo de Alarcón de 25 de junio de 2012 (AC 2013\281).
29. El Tribunal Supremo no entra en la cuestión de su nacionalidad, puesto que los niños son hijos de padre o madre español (art. 17 CC). De acuerdo con el art. 9.4 CC, la filiación y las otras relaciones personales deberán regirse por su ley personal, que es la española (art. 17 CC). De acuerdo con el ordenamiento jurídico español, no es posible la inscripción de la filiación a favor de más de dos personas (art. 49.2, LRC), y la gestante ya es madre *ex artículo* 10.2 de la LTRHA.
30. Compárese con la Disposición Adicional 2ª de la Proposición de Ley que dio origen a la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, que prohibía formalmente la figura y establecía que debían fijarse sanciones. Asimismo, en la jurisprudencia penal sobre los delitos de suposición de parto y alteración de la filiación no he encontrado un solo caso relativo a la conducta que describe el artículo 10 de la LTRHA. Entre los autores, véase, entre otros, Atienza, M. «De nuevo sobre las madres de alquiler». *El Notario del Siglo XXI*, octubre de 2009, nº 27. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/1446-de-nuevo-sobre-las-madres-de-alquiler-0-45517130145353385>, y Heredia, I. «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución». *ADC*, 66, 2013, nº 2, págs. 688-715. Este último autor alude, además (pág. 710) a lo contradictorio de que una norma prohibitiva «premiara» al progenitor biológico con la posibilidad que permite el artículo 10.3 de la LTRHA de ejercer una acción de reclamación de la filiación. En contra, entre otros, véase Vela Sánchez, A. J. «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014». *La Ley*, marzo de 2014, nº 8279.
31. Heredia, I. «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro». *El Notario del Siglo XXI*, abril de 2014, nº 54. Disponible en: <http://elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

32. Véase, en este mismo sentido, el voto particular, mucho más correcto desde el punto de vista técnico. Véase también Durán Ayago, A. «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución». *AEDIPr*, 2012, nº 12, págs. 265-308, en pág. 302; Heredia I. «La Dirección General...», *op. cit.*, pág. 694, y Parrón Cambero, M. J. «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*». *La Ley*, marzo de 2014, nº 8269.
33. En la misma línea ya se había pronunciado Durán, *op. cit.* (págs. 302 y 304), para quien, al analizar si la gestación por sustitución vulnera en el caso concreto el orden público internacional español, el interés superior del niño aflora con toda su intensidad y puede llegar a desplazar el rigor del artículo 10 de la LTRHA: «el interés superior del niño exige que su estado civil quede acreditado, con independencia de la valoración que merezca la actuación de los padres por recurrir a la gestación por sustitución en un país extranjero».
34. Véase Álvarez González, *op. cit.*, con cita de Atienza, *op. cit.*, para quien la gestación por sustitución no atenta contra ninguno de los grandes principios que presiden la bioética: el principio de dignidad y de daño (no causar un daño injustificado), el de autonomía y el de igualdad.
35. De Torres Perea, J. M. «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor». *La Ley*, marzo de 2014, nº 8281.
36. Para De Torres, *op. cit.*, esta contradicción del Tribunal Supremo, más que disuadir, contribuye al fomento de este tipo de gestación.
37. SSTSJ, Social, Madrid, sección 3ª, 13 de marzo de 2013 (JUR 291496); Cataluña, sección 1ª, 23 de noviembre de 2012 (AS 2013\845); Asturias, sección 1ª, 20 de septiembre de 2012 (AS 2485), y Madrid, sección 4ª, 18 de octubre de 2012 (AS 2503). El TJUE otorga un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en esta materia, de modo que según el Derecho de la Unión Europea no se les puede obligar a otorgar permisos de maternidad a trabajadoras que han sido madres gracias a la gestación por sustitución (STJUE, Sala General, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12). Excepcionalmente, el Gobierno de Reino Unido ha aprobado la concesión de estas ayudas por ley y son efectivas desde abril de 2014: <http://www.theguardian.com/money/2014/mar/18/surrogacy-mothers-maternity-leave-european-court>
38. Heredia, «El Tribunal Supremo...», *op. cit.*
39. De Torres, *op. cit.*
40. Entre los autores que reivindican esta reforma, véase Tienza, Álvarez González, Heredia, Durán y Lamm, *op. cit.*
41. De Torres, *op. cit.*

Reflexiones alrededor de la experiencia de la subrogación

Vicent Borràs

Profesor de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona y vicepresidente de la Asociación de Familias de Lesbianas y Gays (FLG)

Desde hace más o menos 5 años, a través de los medios de comunicación, de manera casi reiterada, aparecen noticias en torno a la gestación subrogada o de sustitución (el mal llamado «vientre de alquiler»), una técnica de reproducción asistida (TRA) que hace más de 25 años que se utiliza en Estados Unidos. Ya está dejando de considerarse una rareza exótica y es contemplada como una posibilidad de reproducción para las personas que tienen dificultades. El propósito de este escrito es aportar algunas ideas y reflexiones desde la propia experiencia de ser padres a través de esta TRA. Mi marido y yo utilizamos la gestación subrogada ya hace más de 5 años. Son reflexiones que parten también del hecho de haber asumido un papel activo en la creación de la Plataforma «Son Nuestros Hijos» (SNH) y en la Asociación de Familias de Lesbianas y Gays (FLG), con el objetivo de normalizar, dar visibilidad y luchar para conseguir la igualdad de derechos de los niños que nacen mediante este proceso.

El debate planteado en los medios de comunicación, así como en diferentes revistas especializadas, ha girado en torno a dos ejes. El primero está fuertemente marcado por las dificultades de acceder al Registro Civil español de los niños que nacen mediante esta TRA en otros países. Concretamente, el caso que lo pone sobre la mesa es el que hace referencia a los hijos e hijas de una pareja homosexual. Más adelante volveré sobre el tema. El segundo eje está vinculado a los aspectos éticos de lo que implica permitir o no esta TRA. Pero antes de entrar con ellos, considero conveniente hacer un ejercicio de contextualización sobre la realidad de la que estamos hablando.

Es bien sabido que el Estado español tiene una de las tasas de natalidad más bajas del mundo. Hasta hace poco éramos el país con más adopciones en

términos relativos, y el segundo del mundo en términos absolutos después de Estados Unidos. No es arriesgado afirmar que muchas parejas y personas solas tienen dificultades graves para tener hijos mediante los métodos de reproducción tradicionales. También es conocido que las clínicas que se dedican a la reproducción asistida han experimentado un fuerte crecimiento como consecuencia de esta situación. Debemos añadir que, ante la legislación española sobre reproducción asistida, más permisiva que en otros países, muchas parejas y mujeres solas, principalmente de países de la Unión Europea, vienen a España para someterse a procesos de reproducción que en su país no están permitidos. Desgraciadamente, la gestación subrogada (GS) no está contemplada y queda fuera del marco legal de la legislación actual, impidiendo que se pueda realizar en nuestro país. Dada esta realidad, muchas personas buscan soluciones a su imposibilidad de tener hijos. En las mismas clínicas de reproducción asistida se les informa de la posibilidad de la gestación subrogada en otros países, sobre todo en Estados Unidos, cuando aquí se han agotado todas las posibilidades técnicas que el actual marco legislativo permite.

Hacemos un análisis de los datos de los que tenemos conocimiento, algunos de manera oficial, otros de manera más oficiosa, para tratar de dimensionar la realidad que nos ocupa. Si calculamos la tasa de natalidad de los españoles residentes en la demarcación del consulado de Los Ángeles en 2008 (es el último año en que este consulado publicó los datos), obtenemos un resultado de 50,1/1.000. Eso significa una tasa 5 veces más alta que la tasa de natalidad de los españoles residentes en España, de 9,8/1.000. Esta es una de las tasas de natalidad más elevadas del mundo, solo superada por Nigeria. ¿Cómo podemos explicar que los residentes españoles de esta zona de Estados Unidos procreen tan alegremente? Lo que hay detrás de estos datos es el número elevado de parejas y de personas solas que van al Estado de California para tener hijos o hijas a través de la gestación subrogada. Se calcula que entre 500 y 1.000 niños de padres y madres españoles nacen en este Estado. Si tenemos en cuenta que no es el único Estado de Estados Unidos donde está permitida la gestación subrogada, que también lo está en Illinois, Massachusetts o Colorado, podemos afirmar que estamos hablando de 1.500 niños al año. Estos datos son los proporcionados por las propias agencias americanas que se

dedican a facilitar y ayudar en este proceso, desde hace más de 20 años, a familias españolas que acuden a Estados Unidos para solicitar la GS. De manera que podemos estar hablando de 10.000 o 15.000 ciudadanos españoles que han venido al mundo por este procedimiento. Son muchos más, seguramente, si añadimos los que han nacido en otros países donde también se permite la técnica, como la India, Tailandia, Ucrania o México. Me atrevería a afirmar que muchos más, si se consideran los que nacen en nuestro país de manera encubierta; basta con entrar en internet para ver la cantidad de mujeres que se ofrecen para ser gestantes. Yo tengo conocimiento personal de algunos casos.

Según los datos que proporcionan las cuatro principales agencias que se dedican profesionalmente a la gestión de este proceso, el 85% de las parejas que requieren sus servicios son heterosexuales, y solo el 15% son homosexuales o personas solas. Sin embargo, lo que publican los medios de comunicación y percibe la sociedad es que la gestación subrogada es la TRA de los homosexuales. Eso hace que en muchos casos se mezcle el debate sobre la posibilidad de permitir este proceso en el Estado español con permitir la reproducción a las parejas homosexuales masculinas.

El debate en España se inició en los medios de comunicación cuando un matrimonio homosexual de Valencia intentó registrar a sus dos hijos, que habían nacido mediante gestación subrogada en California, en octubre del 2008. El consulado español en Los Ángeles les negó la inscripción. Ellos no habían hecho nada distinto de que lo que hacían muchas parejas heterosexuales, a las cuales no se les ponía ningún impedimento para registrar a sus hijos. Paradójicamente, en España, desde hacía unos años, se habían reconocido exactamente los mismos derechos a las parejas homosexuales que a las heterosexuales. Es importante mencionar que entre la documentación que los consulados españoles piden para inscribir a los hijos que nacen en el extranjero, como consta en su página web, se encuentran: las partidas de nacimiento de los padres, la partida de nacimiento del o de los niños (en caso de ser gemelos) y el visado de entrada al país de los padres. Respecto a las parejas heterosexuales, dado que en el certificado de nacimiento norteamericano aparecía el nombre de una madre, se procedía a registrarla como si esta hubiera sido la que había dado a luz, cuando era la madre contratante.

Pero recordemos que uno de los documentos que se presenta en el consulado es el visado de entrada al país. En muchos casos las madres no llegan a tiempo para asistir al parto, ya que las distancias entre países lo dificultan, lo que en la práctica significa que la fecha de nacimiento del niño es anterior a la de entrada de la madre en el país. Es por todos conocido que las compañías aéreas no permiten embarcar a una mujer en estado avanzado de gestación. Esta situación era conocida por los consulados y por la Dirección General de Registros y Notariado (DGNR), y jamás se puso impedimento. Durante todos estos años se han registrado los niños y niñas nacidos en el extranjero a nombre de sus padres legales... hasta que llegó una pareja de hombres.

Para no extenderme en el análisis de todo el proceso solo mencionaré el último capítulo del caso concreto. El pasado mes de febrero, el Tribunal Supremo emitió una sentencia en la que instaba a anular la inscripción en el registro de los dos hijos del matrimonio homosexual valenciano (los niños fueron registrados en 2009; posteriormente, la Fiscalía de Valencia pidió la nulidad del registro y, tras diversos recursos, llegó al Tribunal Supremo). La sentencia del Tribunal Supremo establece la cancelación de la primera inscripción a nombre de la pareja, la inscripción a nombre del padre biológico y la gestante, para la posterior retirada de la gestante por renuncia y la adopción por parte del otro padre. Uno de los argumentos de la sentencia al pedir la retirada del registro es el derecho del menor a conocer su origen biológico. La paradoja del caso es que hasta ahora ninguna instancia, ni los consulados ni la propia DGRN, se habían preocupado de que los hijos e hijas de las parejas heterosexuales que habían utilizado esta TRA conocieran su origen biológico. Por otro lado, la misma legislación española sobre la donación de óvulos y/o de semen establece el anonimato como condición, con el que actualmente hay miles de personas en España que desconocen y desconocerán su origen genético.

Con todo ello, olvidamos que son precisamente las parejas homosexuales u hombres solos los que de forma mayoritaria explicamos a nuestros hijos e hijas su origen, ya que ellos mismos nos piden respuestas que no podemos dejar de dar, frente a la sociedad, en la escuela, en la familia extensa... El próximo mes de junio nuestro hijo cumplirá 5 años, y ya cuando tenía 3 años, a raíz de haber estudiado el cuerpo humano en la escuela y ver fotografías de mujeres embarazadas, nos preguntó a mi pareja y a mí de cuál de las barrigas

había salido (nosotros ya se lo habíamos explicado). Ello explica por qué las parejas homosexuales hemos querido dar visibilidad y luchar por conseguir el reconocimiento de los derechos de los niños que vienen al mundo mediante gestación subrogada, mientras que muchas parejas heterosexuales prefieren mantenerse en la sombra. Y en cierta manera explica la homofobia latente en buena parte de los argumentos de los que están en contra.

Para finalizar con esta cuestión sobre la inscripción de estos niños, diré que algunos de los juristas que argumentan en la línea de dificultar e impedir la inscripción olvidan el interés fundamental del menor, al dejar desprotegidos y sin derechos a estos niños y niñas (estamos hablando de los permisos de maternidad/paternidad, de las dificultades para incluirlos en las mutuas sanitarias de los padres, etc.).

Otro eje del debate es el vinculado a los aspectos éticos que implica la gestación subrogada. Aquí trataré de aportar algunos datos y reflexiones para intentar rebatir ciertos argumentos contrarios o desmitificar la cuestión.

Uno de los aspectos que se encuentra en el centro del debate es la posible explotación de las mujeres y la utilización mercantil de su cuerpo. Aquí solo voy a referirme al caso de Estados Unidos, que es el que conozco personalmente. Allí la legislación solo permite que puedan ser gestantes subrogadas las mujeres que están o han estado casadas, que tengan su propia familia (es decir, hijos e hijas) y que trabajen remuneradamente. La agencia encargada del control y la supervisión de la aplicación de esta TRA es la Food and Drug Administration (FDA), la misma que regula la fabricación y venta de medicamentos. En el procedimiento se firman un mínimo de 5 contratos, uno con la agencia encargada de hacer el seguimiento del proceso, uno con la donante de óvulos y/o el de semen, uno con la clínica de fertilización, uno con la gestante y, por último, uno con el abogado que llevará el tema legal en el Estado donde nacerá el niño. Incluso te piden hacer un testamento en el que nombres a un tutor o tutora por si, durante el embarazo, los padres mueren. Todos estos contratos tienen como finalidad asegurar la libertad y velar por los derechos de las personas implicadas, principalmente las mujeres gestantes. Se trata, en definitiva, de impedir que sean las mujeres pobres o con grandes dificultades económicas las que gesten hijos por otros.

Relacionado con este aspecto está el tema de la remuneración económica que reciben las gestantes. En el debate de pensar una posible regulación, algunas propuestas proponen una línea altruista, es decir, que no haya ningún tipo de compensación económica. Actualmente en el Reino Unido, uno de los países de la Unión Europea donde se permite esta TRA, la ley considera que debe ser altruista, pero de hecho se ofrece una compensación económica que no puede superar las 18.000 libras. En Estados Unidos, la ley contempla la remuneración económica para las gestantes y establece unos límites que van desde los 20.000 hasta los 30.000 dólares. En ambos casos estamos hablando de cantidades económicas similares.

Debemos tener en cuenta que, actualmente, tanto las donaciones de óvulos como las de semen son remuneradas en casi todos los países donde están permitidas, y el nuestro es uno de ellos. También son remuneradas las personas que se someten de manera voluntaria a fases experimentales de nuevos medicamentos, poniendo en riesgo su propio cuerpo. Así pues, la utilización del propio cuerpo para ayudar a otras personas con dificultades para reproducirse o para que se pueda avanzar en la curación de enfermedades, es una práctica habitual en los países occidentales, y esta práctica es remunerada de una forma u otra. Siguiendo con el tema económico, uno de los argumentos que se utilizan en contra de la gestación subrogada es su precio excesivamente caro, que la hace accesible solo a las clases sociales acomodadas, y por eso es discriminatoria y desigual, ya que las personas con menos recursos no tienen acceso. El encarecimiento del precio en Estados Unidos es debido, fundamentalmente, a que la sanidad es privada y muy cara, así como a los trámites en los que intervienen los abogados. Solo a modo de ejemplo: un proceso de fertilización en el cual se obtienen óvulos de un donante, que se fertilizan con el semen del donante o de la pareja masculina, y la posterior implantación de uno o dos embriones, dependiendo de los casos, cuesta unos 30.000 dólares. Lo mismo, en una clínica de fertilización de España, cuesta 9.000 euros. La mejor manera de hacer accesible a las personas con menos recursos a esta TRA sería regularla en nuestro país. Del mismo modo, considero que para asegurar los derechos y las libertades de las personas implicadas, es importante y necesario establecer marcos legales que los faciliten y controlen.

Siguiendo con algunos de los mitos vinculados a las mujeres que gestan por subrogación y que tienen relación con la remuneración económica, se suele creer que son mujeres con menos recursos. Uno de los datos presentados en el Congreso AFIN del mes de noviembre de 2013 en Pontevedra, de la mano de la psicóloga Myriam Reynolds, que entre sus actividades profesionales tiene la de acompañar a las mujeres gestantes durante el proceso, muestra que en el 70% de los casos las mujeres tienen estudios universitarios. Es cierto que el nivel económico de las gestantes es más bajo que el de los padres y madres que las contratan, pero en muchos casos, como en España, estas diferencias no son tales. En cualquier caso, los futuros padres y madres se hacen cargo de los gastos de un abogado o abogada independiente que vela por los intereses de la mujer gestante, de manera que en el contrato que se firma se tienen en cuenta desde la posibilidad de abortar en caso de malformaciones o peligro para la gestante, hasta un seguro de vida, el pago de un suplemento por las posibles pérdidas de remuneración en su puesto de trabajo si debiera hacer reposo durante el embarazo, etc. Todo ello con el objetivo de establecer una relación en la que los derechos de ambas partes estén garantizados.

Otro de los prejuicios que está presente en los debates se refiere a lo que ocurre si las gestantes deciden quedarse con el niño cuando nace. Estas mujeres ya tienen su propia familia formada; si quisieran más hijos los tendrían con su pareja. Además, la mayoría de las gestaciones se realizan con óvulos de donantes, por lo que las mujeres gestantes no presentan vínculos genéticos con el niño. Ellas se prestan para gestar a los hijos de otros, no los suyos. Entienden desde su propia experiencia, como mujeres que ya han tenido hijos, lo que implica el proceso de gestación, y tienen absolutamente claro que están gestando hijos de otras personas. La mujer que gestó nuestro hijo no permite que nadie le diga que ella ha dado a su hijo; ella tiene dos hijas a las que no daría nunca. Ella ayuda a otras personas que tienen dificultades. Son mujeres que tienen embarazos fáciles y consideran que la capacidad de dar vida es un milagro que creen que deben compartir. La compensación económica es bien recibida, dado que se trata de 10 meses en los que están implicadas en un proceso que les conlleva molestias, tiempo y dedicación.

Otro de los mitos se refiere a la relación entre la gestante y el niño que ha gestado. Los estudios realizados por la psicóloga de la Universidad de Cam-

bridge, Vasinta Jadvá, muestran que el vínculo se establece en función de la relación posterior entre los padres y madres y la gestante. Si hay una mejor relación y contacto, es una persona más en la familia, pero en ningún caso tiene un estatus de madre, ni lo quiere, ni los niños la sienten como tal; simplemente es una persona especial que ha ayudado en la concepción. En nuestro caso, el pasado mes de noviembre vino a hacernos una visita Myriam (nuestra gestante) y pasó una semana en casa. Nuestro hijo la consideró una amiga más de sus padres; él sabe que estuvo 9 meses en su vientre.

Otro de los argumentos en contra de permitir esta TRA es el que hace referencia al comercio de niños. Se trata de una idea equivocada: comerciar con niños o niñas presupone algunos aspectos implícitos que no se dan en este caso. Uno es pensar que los niños son creados con esta finalidad, y otro que hay un mercado al que las personas acceden para adquirirlos. Hay que pensar que los niños que nacen mediante gestación subrogada no existirían si no fuese por la voluntad expresa de sus futuros padres y madres, aquellos que ponen en marcha el proceso y son el motor para que el resto de las personas implicadas (agencias, donantes, gestantes y clínicas) participen y colaboren. Si no hubiese padres y madres no habría niños, por mucho que hubiera gestantes dispuestas a llevarlos en sus vientres. No hay ningún mercado de niños o niñas, sino mujeres que están dispuestas a donar óvulos y hombres a donar semen; mujeres que pueden y quieren gestar para otros y otras, y clínicas y agencias que lo facilitan. Son muchas las personas implicadas: algunos (médicos, abogados, psicólogos, trabajadores sociales, etc.) realizan un trabajo, otros donan material genético (donantes de óvulos y semen), y principalmente hay mujeres dispuestas a gestar hijos de otros, que son las personas más importantes de todo el proceso. Regular esta TRA en nuestro país es la mejor manera de garantizar la libertad y los derechos de estas mujeres, y evitar que muchas parejas recurran a otros países donde la falta de libertades y las fuertes desigualdades sociales y de género conllevan situaciones éticamente cuestionables.

Aspectos psicosociales

Diana Guerra

Psicóloga del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) en Barcelona

Los factores psicosociales moderan el deseo que uno pueda tener por un hijo. Si no se consigue este deseo y se presenta un problema de infertilidad/subfertilidad, puede suponer la aparición de dolor y sufrimiento. Cuando una pareja o una mujer deciden que quieren tener un hijo, lo hacen desde la firme creencia de que solo «es cuestión de querer», una vez que sienten que «su situación personal, familiar, laboral y de pareja» ha alcanzado cierta estabilidad. Este camino se emprende con la lógica expectativa de lograrlo con relativa facilidad.

De hecho, existen avances tecnológicos que ayudan a los que tienen dificultades para reproducirse, y los medios de comunicación han hecho gran difusión sobre el tema, pero cuando alguien cree tener dificultades para concebir y se decide a acudir en busca de soluciones, inicia un camino que a menudo es emocionalmente largo y costoso. Una de las dificultades que con más frecuencia refieren estos pacientes es la de obtener información verídica sobre las técnicas de reproducción asistida (TRA). En la mayoría de los casos, los pacientes desconocen el proceso médico que van a seguir, sus posibles ventajas e inconvenientes, los porcentajes de éxito y fracaso, así como la cantidad de energía que van a necesitar para enfrentarse al desgaste psicológico que acompaña al diagnóstico y tratamiento de la infertilidad (Alper *et al.*, 2002).

El distrés de la subfertilidad/infertilidad (se utilizará el término generalizado infertilidad a partir de ahora excepto cuando se refiera exclusivamente a subfertilidad o esterilidad) y los tratamientos médicos afectan a cada uno de forma individual y como pareja. La experiencia de la infertilidad lleva a la sensación de ambigüedad en la relación y en la estructura familiar, y aumenta los niveles de ansiedad, culpa, somatización y depresión. El apoyo, la satisfacción y la comunicación en la pareja se ven afectados, y se generan

cambios importantes en las relaciones sexuales y en las sociales. Por otro lado, los procedimientos diagnósticos y el tratamiento representan para las parejas una enorme fuente de estrés, ya que se exponen a técnicas muy invasivas y a un alto gasto de tiempo y económico (Leemans *et al.*, 2004).

Además, en este terreno, la evolución de las alteraciones emocionales está determinada por la propia evolución del proceso, existiendo un notable grupo de pacientes que no las presenta de forma significativa. La reacción y la adaptación a la situación van a depender en gran medida de los recursos adaptativos que tenga la persona y del apoyo emocional que reciba, no siempre cumpliendo los criterios clínicos que permitan clasificar su estado como una entidad clínica propiamente dichas.

El trastorno más habitual de la población con problemas de infertilidad es el adaptativo. Este trastorno se caracteriza por la aparición de síntomas emocionales (p. ej., ansiedad o depresión) o comportamentales (cambios en la conducta) en respuesta a un factor estresante identificable externo (p. ej., pérdida de empleo, enfermedad física, divorcio, migración, problemas económicos, laborales, sociales, familiares, etc.) (Guerra *et al.*, 1988). Este tipo de trastornos, aunque generan un alto grado de malestar, no impiden que la persona siga con sus funciones habituales. Y así ocurre con la población a la que nos estamos refiriendo. Por lo general, las mujeres en tratamiento de reproducción asistida, que suelen ser las más afectadas emocionalmente, continúan con su jornada laboral y sus tareas domésticas. Acostumbran a ser las relaciones de pareja, sociales y familiares, así como la capacidad de disfrute del tiempo libre, los ámbitos de la vida que se ven más afectados. En ocasiones, se observan síntomas que indican este malestar, como son las alteraciones del sueño, el apetito y, sobre todo, la libido.

Otros trastornos que también pueden aparecer son los trastornos depresivos, de ansiedad (obsesividad), somatomorfos y sexuales. Los trastornos psicóticos son muy extraños, y en caso de darse, deberá intervenir un especialista en psiquiatría. Este tipo de complicaciones (salvo los trastornos sexuales) son más frecuentes en pacientes que ya tienen una historia previa de trastornos psicológicos. Por ello, se considera de gran importancia prestar especial atención a los pacientes con psicopatología previa.

En general, la literatura coincide en considerar que existen unos pacientes «de riesgo» (Boivin *et al.*, 2001), que son los siguientes:

- Pacientes con alto grado de distrés psicológico.
- Pacientes con problemas de relación de pareja.
- Pacientes que necesitan una donación de gametos.
- Mujeres de edad avanzada que requieren donación de gametos.
- Pacientes de alto riesgo por antecedentes psicopatológicos.
- Pacientes con abortos repetidos.
- Pacientes con historia de varios fracasos de tratamientos.
- Pacientes que solicitan una reducción embrionaria.
- Pacientes que necesitan consejo genético.

Los pacientes de riesgo tendrán más posibilidad de mostrar distrés durante los tratamientos médicos, ya que pueden presentarse problemas de ansiedad, depresión, relación sexual o de pareja.

Una de las cuestiones no resueltas todavía en nuestro medio es la identificación de estos pacientes para una buena derivación al profesional de la salud mental. Existen varios cuestionarios y pruebas que son útiles para detectar psicopatología (*Hospital Anxiety and Depression Scale* o *In Vitro screening*) y otros que permiten conocer la calidad de vida de estos pacientes (FertiQol). La dificultad estriba en la concienciación del personal sanitario para que utilice estos instrumentos. En muchas ocasiones, tanto el médico como el personal de enfermería son reacios a solicitar al paciente que realice pruebas de este tipo, alegando que se trata de una intrusión en la intimidad del paciente, o cuestiones de tiempo y logística en las consultas.

Muchos pacientes consideran que son capaces de afrontar sus problemas por sí mismos y que no necesitan ayuda profesional para superar sus dificultades psicológicas. Por otro lado, en numerosas ocasiones, el paciente teme ser diagnosticado o etiquetado con un trastorno psicopatológico que pueda ser utilizado para denegarle el tratamiento de reproducción asistida que solicita (Boivin, 2003). La información que se dé al paciente sobre estas pruebas debe dirigirse a clarificar que se trata de algo básico para el conocimiento de su estado anímico, que es importante para su tratamiento, a la vez que hay que asegurarle que se le informará de los resultados y dispondrá de apoyo psico-

lógico para mejorar su estado o los síntomas que pudiera presentar, si fuera necesario.

Es importante implementar un cribado antes del tratamiento, de manera que se asegure al paciente que tendrá oportunidad de recibir apoyo de profesionales de la salud mental con credibilidad. Aunque los pacientes decidan no utilizar estos servicios, el cribado puede ser beneficioso para que tengan información y mejor introspección sobre los temas que pueden afectarles. Por otro lado, es una buena manera de dar a conocer la posibilidad de obtener esta ayuda en cualquier momento del tratamiento.

Asistencia emocional

Las actuales directrices que rigen los centros de reproducción asistida en Europa y Estados Unidos enfatizan el que las parejas, o pacientes en general, perciban también la calidad asistencial a través del cuidado social y anímico. Para ello es imprescindible que todos los miembros del equipo terapéutico desarrollen al máximo sus capacidades y habilidades, creando un ambiente positivo centrado en el paciente. Este cuidado o *counseling* se establece a través del consejo por parte de todas las personas del equipo ante las posibles dificultades sociales y emocionales que pueda presentar cualquier persona infértil. Esta actitud exige sensibilidad y comprensión hacia la dimensión psicosocial de la infertilidad, y no solo hacia el éxito biológico de la reproducción. Podríamos decir que esta es otra de las cuestiones no resueltas en nuestro país, y posiblemente en pocos países europeos. Como resultado de la complejidad ética y legal que supone la reproducción asistida, se han establecido normas reguladoras en algunos países europeos que monitorizan y controlan la práctica de estos procedimientos. La legislación vigente en estos países es muy parca en relación con la obligatoriedad de la atención psicológica de los pacientes en TRA. En concreto, en España no existe obligatoriedad alguna de dispensar ayuda psicológica; la ley sobre TRA es solo explícita en el sentido de que las usuarias de las TRA han tener «plena capacidad de obrar» y que los donantes de gametos cumplirán el siguiente requisito: «Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas...» (Ley 14/2006).

Por otro lado, los cambios producidos en la política y en los modelos de atención sanitaria han supuesto que los pacientes hayan pasado de ser considerados agentes pasivos a convertirse en elementos activos y determinantes en el mantenimiento de su salud y la recuperación de su enfermedad. Y para que el paciente pueda asumir y participar en su bienestar físico es necesario –aunque no suficiente– disponer de información (sobre su enfermedad, su pronóstico, su tratamiento y las posibles consecuencias, tanto físicas como psicológicas). La legislación española, siguiendo lo que previamente había recogido el *Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos* del Consejo de Europa, reconoce tanto el derecho a la información como el derecho de los pacientes a no ser informados, si así lo manifiestan (derechos bio), y específica que esta información debe ser comunicada de manera que resulte comprensible y útil.

Por ello, es esencial que se proporcione a estas parejas una información más realista de las TRA, y que sea proporcionada fundamentalmente por profesionales sanitarios y no por medios de comunicación o amigos, además de ser ofrecida desde el principio, es decir, desde el médico de atención primaria o, en su defecto, desde la primera visita al centro de reproducción humana asistida (CRHA). No obstante, y en este sentido, hemos de señalar las diferencias que existen en esta voluntad de ser informado. Algunos pacientes prefieren recibir toda la información poco a poco, mientras que un mayor porcentaje manifiesta preferir toda la información desde el principio (Antequera *et al.*, 2008). También dependerá de las habilidades y capacidades de cada usuario de las TRA.

Tratamiento psicológico

Pese a la importancia de las variables emocionales en la esterilidad, existen pocos estudios dirigidos a conocer el beneficio de los tratamientos psicológicos en las personas estériles. Únicamente 29 estudios, en 34 años, han evaluado la eficacia de la intervención psicológica en la esterilidad. En casi todos se demuestra la eficacia de la intervención psicológica en al menos una de las variables emocionales y en el aumento del bienestar psicológico (Boivin *et al.*, 1999). J. Boivin realizó una revisión de los estudios aparecidos sobre inter-

vencción psicológica de cualquier tipo en poblaciones infértiles, y llegó a la conclusión de que las intervenciones que iban dirigidas a educar al paciente, como la enseñanza de estrategias de afrontamiento o de manejo de la ansiedad, eran las que demostraban ser más eficaces.

La adaptación de la intervención psicológica a los cambios y necesidades de cada fase de los procedimientos médicos que tratan la infertilidad y los requerimientos clínicos de los pacientes infértiles han ido perfilando los objetivos de lo que podríamos denominar un modelo general de asistencia, en la que se aplican técnicas fundamentalmente de carácter cognitivo-conductual de eficacia probada, que son utilizadas en la mayoría de los programas de psicología de la reproducción.

Mediante programas de medicina conductual se ha logrado reducir los niveles de estrés que experimentan estos pacientes (Guerra Díaz y Tirado Carrillo, 2010). Estos estudios ponen en evidencia que, tras un tratamiento conductual para el aprendizaje de la respuesta de relajación en parejas con esterilidad, se consigue una reducción de la ansiedad, la depresión, la agresividad y la fatiga, al tiempo que se incrementa la sensación de bienestar. En otro estudio realizado por el equipo de Guerra se observó que la disminución de la ansiedad y el aumento del grado de satisfacción con el tratamiento de los pacientes que asistieron al programa de medicina conductual, eran mayores que en los pacientes tratados en el mismo servicio de medicina de la reproducción que no asistieron a los grupos terapéuticos. Las parejas que refirieron un mayor grado de satisfacción repitieron más ciclos que las que habían puntuado más bajo en el grado de satisfacción con el tratamiento. Los resultados de este estudio y otros similares subrayan la importancia de considerar los factores psicológicos en la selección de pacientes para tratamientos de esterilidad y de la aplicación de intervenciones psicológicas antes de los tratamientos médicos, lo que pudiera ser de utilidad para reducir el malestar y el deterioro psicológico de los pacientes (Domar *et al.*, 2000; Lemmens *et al.*, 2004).

Sin embargo, la evidencia de que el porcentaje de concepciones sea mayor después de una intervención psicológica es todavía poco convincente. En los trabajos mencionados se pudo demostrar que el porcentaje de concepciones de las parejas que mejoraron en los programas de medicina conductual era

equivalente al de la población general, pero no se utilizó un grupo control en condiciones homogéneas, por lo que no pudieron obtenerse resultados concluyentes sobre esta cuestión. Los efectos observados podrían atribuirse a efectos indirectos, como un mayor cumplimiento con el tratamiento, más que a una relación directa entre la reducción del estrés emocional y los sistemas biológicos responsables del embarazo.

Ante esta realidad, existe el peligro de que el impacto emocional de la esterilidad sea minimizado y que el problema se reduzca meramente a su abordaje médico o biológico. Independientemente de que se consigan o no mejorar los resultados de los tratamientos de reproducción, lo importante es que con el asesoramiento y la intervención psicológica se consiga que las parejas que pasan por esta situación tengan una mejor vivencia del proceso y sepan movilizar sus recursos personales y sociales para que no se vean tan afectadas desde el punto de vista anímico.

Si los CRHA ofrecen al usuario el soporte psicológico necesario y aseguran al paciente que puede disponer de él, se beneficiarán, al conseguir una eficacia terapéutica mayor (Gameiro *et al.*, 2013). Existe un movimiento emergente relacionado con la atención centrada en el paciente cuyo objetivo es dilucidar cuál es la mejor manera de prestar atención al paciente en relación con sus preferencias y necesidades. Este cuidado debe ser dispensado por todo el equipo del CRHA, independientemente de las realidades de la práctica del tratamiento (exigencias de los tiempos y del exceso de trabajo del equipo). En definitiva, conociendo las vulnerabilidades del paciente y habiéndolas evaluado antes del inicio del tratamiento, se podrá personalizar más la intervención y que cada miembro del equipo dispense el cuidado necesario, a la vez que permitirá un éxito mayor de derivar al paciente al profesional de la salud mental.

Bajo cumplimiento y abandono de los tratamientos

No solo hemos visto que el resultado de los tratamientos puede estar influido por factores psicológicos, sino que la prevalencia de abandonos (*drop out*) también tiene que ver con ellos. Varios estudios han descrito la relación entre el estrés y el abandono de los tratamientos para la infertilidad, refiriendo que uno de los factores que más a menudo relatan los pacientes para dejar los

tratamientos es el «malestar psicológico» (Olivius *et al.*, 2004; Klonoff-Cohen, 2005). En trabajos más recientes se ha descrito que el abandono de los tratamientos por otras razones, aparte del mal pronóstico en sí, es atribuible a las molestias de los tratamientos. Estas molestias pueden describirse como «propias del paciente», «relativas a la clínica o el entorno» y «relacionadas con el propio tratamiento». Entre todos estos factores existen variables psicológicas que podrían ser tratadas. Una revisión sistemática reciente estableció que una relación positiva con un equipo médico que sea creíble, sensible y respetuoso es muy importante, aunque la mayoría de los pacientes refieren no estar satisfechos (Gameiro *et al.*, 2013).

Pacientes que rechazan la ayuda

Algunos pacientes con alto grado de estrés pueden negarse a acudir al psicólogo a pesar del esfuerzo que pueda hacer el clínico. Puede haber una variedad de razones que produzcan este rechazo, pero se ha detectado que la barrera principal tiene que ver con los aspectos prácticos de pedir ayuda (Boivin *et al.*, 2001). Se ha demostrado que muchos más pacientes utilizarían el apoyo psicológico si fueran contactados de forma personal y si los pasos para obtener esta ayuda estuvieran muy claros. Otros pacientes rechazan la ayuda porque no reconocen la necesidad, por ejemplo, los que dirigen su rabia y desaprobación contra la clínica o el equipo, sin reconocer que estos sentimientos aparecen normalmente y son debidos a la infertilidad. En estos casos es importante anticipar las raíces de estas emociones y ayudar a los pacientes a reconocer las causas profundas de sus reacciones.

El trabajo del psicólogo integrado dentro del equipo de reproducción favorece las derivaciones de los pacientes más resistentes por parte de los otros profesionales sanitarios. Para ello se hace necesario que el resto del equipo lleve a cabo una labor de consejo o *counseling*, de «atención centrada en el paciente», con todos los pacientes de la unidad de reproducción y esté entrenado para detectar y derivar a la unidad de psicología los casos de mayor gravedad. La oferta de grupos terapéuticos es bien recibida por los pacientes, ya que, de esta manera, conocerán otras parejas o personas que están o han pasado por la misma situación. Los grupos son especialmente recomendables

para la prevención y educación de los pacientes en estrategias de afrontamiento, que serán de mucha ayuda durante y tras el tratamiento médico.

En cualquier caso, el terapeuta deberá tener conocimientos de medicina reproductiva y de los abordajes terapéuticos para los síntomas que con más frecuencia se observan en estos pacientes.

En algunos estudios se demuestra que los pacientes dejan los tratamientos por dificultades que tienen que ver con temas emocionales y médicos, y se proponen intervenciones por parte de los psicólogos para que reviertan en una mejor calidad de vida del paciente durante el tratamiento. Se determina también el impacto psicosocial que sufren los pacientes que no llegan o dejan los tratamientos. Los mismos autores proponen un protocolo de tratamiento para mejorar la percepción por parte de estos pacientes (Domar *et al.*, 2012), puesto que minimizar el estrés de los tratamientos es lo que conseguirá que aumente su fidelización en el futuro. Proponen una derivación al servicio de salud mental apropiado y una mejoría en la relación entre el equipo médico y los pacientes propiciada por el psicólogo.

Mejoras que deberían considerarse

En consecuencia, y por las características del proceso psicológico en la infertilidad, es recomendable realizar la evaluación psicológica de la pareja a la vez que se llevan a cabo las pruebas médicas para el diagnóstico de la infertilidad. De esta forma, se obtiene una evaluación inicial del estado tanto físico como psíquico, lo que permite detectar a las parejas más vulnerables a desarrollar alteraciones emocionales, siendo la ansiedad, la depresión y los trastornos obsesivo-compulsivos las más frecuentes durante el proceso de diagnóstico y tratamiento médico de la reproducción asistida.

En realidad, el principal problema no reside tanto en el porcentaje de pacientes que no desean recibir información (ya que es relativamente pequeño), sino en la forma y el momento en que hay que proporcionarla. Tan nocivo puede resultar no dar información al paciente como ofrecerle más de la que puede asimilar en un momento dado, o que se proporcione de una manera inadecuada o en un momento inoportuno. Desde nuestro punto de vista,

pensamos que la labor del psicólogo en las unidades de reproducción asistida debe centrarse, principalmente, en ofrecer información en dos direcciones: por un lado, hacia los médicos, para que ofrezcan una información clara y con los mínimos tecnicismos, así como que se aseguren de que los pacientes han comprendido sus explicaciones, ya que la forma en que se ofrece información a los pacientes puede aumentar el grado de satisfacción en los servicios de reproducción asistida (Schmidt *et al.*, 2003), y por otro lado, y desde nuestra profesión, hacia las parejas, para ayudarlas a: *a)* procesar la información recibida por parte del equipo médico, sobre todo en los casos en que se precisan donantes de gametos, proceso más complejo y, muchas veces, de difícil asimilación y decisión y *b)* generar estrategias para que pregunten las dudas o soliciten las aclaraciones pertinentes o, por el contrario, manifiesten su decisión de no recibir información. Estudios anteriores con población española han constatado que, cuanto mayor es la información obtenida por la pareja, más aumenta de manera significativa la sensación de impotencia. Por tanto, la información que se ofrezca a las parejas debe ser clara sin ser copiosa, por lo que son de enorme utilidad las guías para pacientes que se han venido desarrollando en medicina de la reproducción (Grupo de Interés de Psicología de la Sociedad Española de Fertilidad, 2010).

Bibliografía

- Alper, M. M.; Brisden, P. R.; Fischer, R. y Wikland, M. «Is your IVF programme good?». *Human Reproduction*, 17, 2002, nº 1, págs. 8-10.
- Antequera, R.; Moreno-Rosset, C.; Jenaro, C. y Ávila, A. «Principales trastornos psicológicos asociados a la infertilidad». *Papeles del Psicólogo*, 29, 2008, nº 2, págs. 167-175.
- Boivin, J. «A review of psychosocial interventions in infertility». *Soc Sci Med*, 57, 2003, nº 11, págs. 2325-2341.
- Boivin, J.; Appleton, T. C.; Baetens, P.; Baron, J.; Bitzer, J.; Corrigan, E.; Daniels, K. R.; Darwish, J.; Guerra-Díaz, D.; Hammar, M.; McWhinnie, A. M.; Strauss, B.; Thorn, P.; Wischmann, T. y Kentenich, H. «Guidelines

- for counselling in infertility: outline version». *Human Reproduction*, 16, 2001, nº 6, págs. 1301-1304.
- Boivin, J.; Domar, A. D.; Shapiro, D. B.; Wischmann, T. H.; Fauser, B. C. J. M. y Verhaak, C. «Tackling burden in ART: an integrated approach for medical staff». *Human Reproduction*, 27, 2012, nº 4, págs. 941-950.
- Boivin, J.; Scanlan, L. y Walker, S. M. «Why are infertile couples not using psychosocial counselling?». *Human Reproduction*, 14, 1999, nº 5, págs. 1384-1391.
- Cook, R.; Parson, J.; Mason, B. y Golombok, S. «Emotional, marital and sexual problems in couples embarking upon AID and IVF treatment for infertility». *J Reprod Infant Psychol*, 1989, nº 7, págs. 87-93.
- Domar, A.; Gordon, K.; Garcia-Velasco, J.; La Marca, A.; Barriere, P. y Beliggotti, F. «Understanding the perceptions of and emotional barriers to infertility treatment: a survey in four European countries». *Human Reproduction*, 27, 2012, nº 4, págs. 1073-1079. Disponible en: doi:10.1093/humrep/des016.
- Domar, A. D.; Clapp, D.; Slawsby, E. A.; Dussek, J.; Kessel, B. y Freizinger, M. «Impact of group psychological interventions on pregnancy rates in infertile women». *Fertility and Sterility*, 73, 2000, nº 4, págs. 805-811.
- Gameiro, S.; Boivin, J. y Domar, A. «Optimal in vitro fertilization in 2020 should reduce treatment burden and enhance care delivery for patients and staff». *Fertil Steril*, 100, 2013, nº 2, págs. 302-309. doi:10.1016/j.fertnstert.2013.06.015.
- Grupo de Interés de Psicología de la Sociedad Española de Fertilidad. *Manual de Intervención Psicológica en Reproducción Asistida*. Barcelona: Edikamed, 2010.
- Guerra, D.; Llobera, A.; Veiga, A. y Barri, P. N. «Psychiatric morbidity in couples attending a fertility service». *Human Reproduction*, 13, 1988, nº 6, págs. 1733-1736.
- Guerra Díaz, D. y Tirado Carrillo, M. «Intervención psicológica en medicina de la reproducción asistida». En: Sociedad Española de Fertilidad. Grupo de Interés de Psicología. *Manual de Intervención Psicológica en Reproducción Asistida*. Barcelona: Edikamed, 2010, págs. 33-47.
- Klonoff-Cohen, H. «Female and male lifestyle habits and IVF: what is known and unknown». *Human Reproduct Update*, 11, 2005, nº 2, págs. 180-204.
- Leemens, G.; Vervaeke, M.; Enzlin, P.; Bakelants, E.; Vanderschueren, D.; Hooghe, T. y Demyttenaere, K. «Coping with infertility: a body-mind group intervention programme for infertile couples». *Human Reproduction*, 19, 2004, nº 8, págs. 1917-1923.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de mayo de 2006, nº 126, págs. 19947-19956.
- Olivius, C.; Friden, B.; Borg, G. y Bergh, C. «Psychological aspects of discontinuation of in vitro fertilization treatment». *Fertil Steril*, 81, 2004, nº 20, págs. 276-282.
- Schmidt, L.; Holstein, B. E.; Boivin, J.; Tjornhoj-Thomsen, T.; Blaabjerg, J.; Hald, F.; Rasmussen, P. E. y Nyboe Andersen, A. «High ratings of satisfaction with fertility treatment are common: findings from the Copenhagen Multi-centre Psychosocial Infertility (COMPI) Research Programme». *Human Reproduction*, 18, 2003, nº 12, págs. 2638-2646.

Relación de participantes de la jornada

Ponentes

- Victòria Camps, presidenta de la Fundació Víctor Grífols i Lucas.
- Anna Veiga, directora científica del Servicio de Medicina de la Reproducción del Hospital Universitario Quirón Dexeus.
- Pere N. Barri, director del Departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción del Hospital Universitario Quirón Dexeus.
- Guido Pennings, profesor de Ética y Bioética de la Universidad de Gante.
- Montserrat Boada, jefa de la Sección de Biología del Servicio de Medicina de la Reproducción del Hospital Universitario Quirón Dexeus.
- Verena Stolcke, profesora emérita de Antropología Social y Cultural de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Eduard Gratacós, director de BCNatal, Centro de Medicina Maternofetal del Hospital Clínic de Barcelona - Hospital Sant Joan de Déu.
- Carlos Lema, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III.
- Francesca Puigpelat, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Esther Farnós, profesora de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra.
- Vicent Borràs, profesor de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona y vicepresidente de la Asociación de Familias de Lesbianas y Gays (FLG).
- Diana Guerra, psicóloga del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) en Barcelona.

Títulos publicados

Cuadernos de Bioética

34. *Ética de la comunicación corporativa e institucional en el sector de la salud*
33. *Alcance y límites de la solidaridad en tiempos de crisis*
32. *Ética y salud pública en tiempos de crisis*
31. *Transparencia en el sistema sanitario público*
30. *La ética del cuidado*
29. *Casos prácticos de ética y salud pública*
28. *La ética en las instituciones sanitarias: entre la lógica asistencial y la lógica gerencial*
27. *Ética y salud pública*
26. *Las tres edades de la medicina y la relación médico-paciente*
25. *La ética, esencia de la comunicación científica y médica*
24. *Maleficencia en los programas de prevención*
23. *Ética e investigación clínica*
22. *Consentimiento por representación*
21. *La ética en los servicios de atención a las personas con discapacidad intelectual severa*
20. *Retos éticos de la e-salud*
19. *La persona como sujeto de la medicina*
18. *Listas de espera: ¿lo podemos hacer mejor?*
17. *El bien individual y el bien común en bioética*

16. *Autonomía y dependencia en la vejez*
15. *Consentimiento informado y diversidad cultural*
14. *Aproximación al problema de la competencia del enfermo*
13. *La información sanitaria y la participación activa de los usuarios*
12. *La gestión del cuidado en enfermería*
11. *Los fines de la medicina*
10. *Corresponsabilidad empresarial en el desarrollo sostenible*
9. *Ética y sedación al final de la vida*
8. *Uso racional de los medicamentos. Aspectos éticos*
7. *La gestión de los errores médicos*
6. *Ética de la comunicación médica*
5. *Problemas prácticos del consentimiento informado*
4. *Medicina predictiva y discriminación*
3. *Industria farmacéutica y progreso médico*
2. *Estándares éticos y científicos en la investigación*
1. *Libertad y salud*

Informes de la Fundació

5. *La ética y la biología sintética: cuatro corrientes, tres informes*
4. *Las prestaciones privadas en las organizaciones sanitarias públicas*
3. *Clonación terapéutica: perspectivas científicas, legales y éticas*
2. *Un marco de referencia ético entre empresa y centro de investigación*
1. *Percepción social de la biotecnología*

Interrogantes éticos

3. *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*

2. *Afectividad y sexualidad. ¿Son educables?*

1. *¿Qué hacer con los agresores sexuales reincidentes?*

Para más información: www.fundaciongrifols.org

FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS