

## LA IMPLANTACIÓN ERRÓNEA DE EMBRIONES Y LAS DIFERENTES CONCEPCIONES SOBRE LA FAMILIA\*

### WRONG EMBRYO IMPLANTATION AND THE DIFFERENT CONCEPTIONS OF THE FAMILY

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3484-3513*

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros", financiado por PID2019-104226GB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación), y cuyas IP son Alma Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda. El impulso para la elaboración del presente trabajo, ahora debidamente actualizado, es una ponencia, "Análisis de los problemas jurídicos suscitados por el intercambio de embriones", impartida en las Jornadas "Desafíos contemporáneos en las Técnicas de Reproducción Asistida: una perspectiva comparada Argentina, España, México y Chile", organizadas por el Proyecto CEAL y el Proyecto Ubacyt, 8-9 de marzo 2016, Universidad de Palermo (Argentina). Dicha ponencia se publicó en la Revista *En Letra Civil y Comercial*, diciembre 2016, año I número 2, Buenos Aires, pp. 84-107.

Alma M.  
RODRÍGUEZ  
GUTIÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

**RESUMEN:** Este trabajo analiza cómo determinar la filiación en las hipótesis de embriones incorrectamente implantados debido a un error médico. Hay una amplia variedad de casos que reflejan la tensión existente entre las concepciones biológica y social de la paternidad: en ocasiones una mujer lleva en su útero un embrión que genéticamente pertenece a otra pareja. Otras veces la embarazada es la madre genética, pero el esperma procede de un hombre que ni es su pareja ni tampoco un donante. Cada caso debería resolverse de acuerdo a sus particulares características teniendo en cuenta el interés superior del niño.

**PALABRAS CLAVE:** Técnicas de reproducción asistida; determinación de la paternidad; paternidad biológica y social; interés superior del niño.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes how to determine legal parentage in misplaced embryo cases due to a medical error. There are a wide variety of cases which reflect the tensions between biological and social conceptions of parenthood: sometimes a woman carries in her womb an embryo which genetically belongs to another couple. Other times the pregnant woman is the genetic mother but the sperm comes from a man who is neither her partner nor a donor. Each case should be solved according to its unique characteristics taking into account the best interest of the child.*

**KEY WORDS:** Assisted reproductive technologies; determination of parenthood; biological and social parenthood; best interest of the child.

**SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. PRIMERA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DEL EMBRIÓN CON EL MATERIAL GENÉTICO DE LOS DOS MIEMBROS DEL MATRIMONIO O DE LA PAREJA DEMANDANTE. ANÁLISIS DE LA ORDINANZA DEL TRIBUNAL DE ROMA DE 8.8.2014 Y DE PERRY-ROGERS v. FASANO.- I. Hechos del caso de la Ordenanza del Tribunal de Roma de 8.8.2014.- A) Pronunciamientos posteriores.- a) Pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16.9.2014.- b) Sentencia del Tribunal de Roma de 22.4.2015.- B) Inadecuación de la normativa del Código Civil y de la normativa de reproducción asistida para la resolución del caso.- C) Análisis crítico de la solución dada por la Ordenanza del Tribunal de Roma.- D) Apertura de ciertos interrogantes.- 2. Perry-Rogers v. Fasano.- A) Hechos del caso.- B) Análisis crítico de la sentencia.- III. SEGUNDA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN EXCLUSIVAMENTE CON MATERIAL GENÉTICO DEL VARÓN DEMANDANTE. ANÁLISIS DE ROBERT B. v. SUSAN B.- I. Hechos del caso.- 2. Análisis crítico de la decisión judicial. IV. TERCERA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN CON MATERIAL GENÉTICO DE LA MADRE GESTANTE Y CON ESPERMA DE PERSONA DISTINTA A SU CÓNYUGE/PAREJA. ANÁLISIS DE LEEDS TEACHING HOSPITAL NHS TRUST v. A.- I. Hechos del caso.- 2. Análisis crítico de la sentencia.**

---

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Las técnicas de reproducción asistida presentan un cierto e ineludible margen de riesgo. Por ello las hipótesis de error en estas técnicas que pueden originarse en la práctica por parte del centro médico y del personal dependiente del mismo son varias y presentan problemas que el derecho está llamado a resolver. El objeto del presente trabajo es el examen de una de estas hipótesis de error en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida: la implantación errónea de embriones en una mujer usuaria de las técnicas, formados con material genético totalmente ajeno a la mujer en la que se implantan o formados con material genético perteneciente sólo en parte a tal mujer:

Los casos de implantación errónea de embriones plantean, al menos, dos tipos de problemas jurídicos: Un primera cuestión es la responsabilidad civil de la clínica y del personal médico que lleva a cabo la técnica de reproducción asistida y una segunda cuestión es la determinación de la paternidad/maternidad respecto al nacido fruto de estas técnicas<sup>1</sup>. En este trabajo sólo me voy a ocupar, por razones evidentes de espacio, de la segunda cuestión, aunque realmente los interrogantes

---

<sup>1</sup> SHULTZ, M.: "Taking Account of ARTs in Determining Parenthood: A Troubling Dispute in California", *Washington University Journal of Law & Policy*, 2005, Vol. 19, p. 82, afirma que la gente se pregunta la razón de que se preste mucha atención a un problema que afecta sólo a un pequeño número de personas. Su respuesta es que este tipo de casos fuerza a pensar acerca de nuestros valores más esenciales. Por ejemplo, ¿qué hace una familia? o ¿Quién es progenitor? A la hora de responder al problema de la determinación de la paternidad/maternidad se desvelan nuestras actitudes hacia el cuerpo, la biología y la genética, hacia la psicología y el medio ambiente, hacia la conexión humana y la responsabilidad, acerca de la función otorgada a las intenciones y la voluntad tanto en nuestras vidas como en la propia legislación.

### • Alma M. Rodríguez Guitián

Catedrática de Derecho Civil acreditada a Catedrática, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es

que plantea la responsabilidad, que sin duda existe, en este tipo de casos son muy interesantes y merecerían un profundo estudio separado<sup>2</sup>.

En relación con este segundo problema jurídico este tipo de hipótesis no pueden sino evocar el antiguo drama ya presente en el Antiguo Testamento relativo al juicio del Rey Salomón y las dos mujeres, que disputaban acerca de quién era la madre del niño vivo en un caso de intercambio de recién nacidos; si bien en la actualidad tal drama es imputable al comportamiento negligente del personal dependiente de la clínica de reproducción asistida<sup>3</sup>. Sin duda hay mucho de tragedia en la elección de quién debe ser padre o madre finalmente del niño nacido fruto de tales técnicas.

Por una parte, es comprensible el interés del o de los progenitores genéticos/ biológicos (según se haya constituido el embrión con el gameto de uno solo o de ambos miembros de la pareja) en que quede determinada su paternidad y/o maternidad ante la implantación, por error, del embrión en el útero de otra mujer (madre gestante). De hecho se ha destacado que en la sociedad con carácter general, y en los padres que utilizan técnicas de reproducción asistida en particular,

2 Sumamente interesante es la demanda de responsabilidad civil por wrongful birth planteada por una mujer lesbiana, Jeniffer L. Cramblett, contra el Midwest Sperm Bank, LLC, ante el Tribunal del condado de Cook en Illinois el 29 de septiembre de 2014. Ella es inseminada por un error del banco de esperma con semen de un hombre de raza negra, cuando la demandante y su pareja lesbiana habían seleccionado cuidadosamente las características genéticas del donante. La causa del error radica en que la recepcionista del citado banco anotaba los pedidos a mano y hubo una confusión sobre el número del donante seleccionado. Una vez descubierto el error, la demandante recibe una carta del banco disculpándose y devolviéndola parte de la cantidad pagada como precio. El 4 de septiembre de 2015 se desestima por el tribunal la demanda, aunque el tribunal considera que la demandante podría volver a dirigirse contra el demandado ejercitando una acción de negligencia (véase la noticia de tal desestimación en <http://www.cbsnews.com/news/judge-throws-out-lawsuit-against-sperm-bank/>). En mi opinión la desestimación de la demanda, planteada como una acción de responsabilidad por wrongful birth, es correcta. Por una parte, este tipo de acciones van ligadas a casos donde el niño ha nacido con taras, y la niña de Jeniffer L. Cramblett es perfectamente sana. Por otra parte, es muy dudoso que los daños solicitados en el caso por la demandante puedan ser imputados objetivamente al comportamiento negligente del banco de esperma. En las acciones de responsabilidad por wrongful birth el comportamiento negligente del profesional demandado priva de la información necesaria a los progenitores para poder ejercitar la libertad de procreación. Pero en su demanda Jeniffer L. Cramblett pide una indemnización por otro tipo de daños distintos a la privación de su libertad de procrear. Así, por ejemplo, reclama los daños morales que sufre por la discriminación previsible que experimentará su hija Payton tanto en la comunidad blanca donde nace como en su propia familia, que siempre se ha mostrado insensible con el lesbianismo de la demandante. En relación con daños que aparecen ligados a hechos posteriores al nacimiento del niño, como los reclamados por la demandante, hay serias dudas respecto de su imputación objetiva al profesional demandado. En este sentido véase MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general de las acciones de responsabilidad por Wrongful Birth y Wrongful Life y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en AA.VV. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (coord. por A.M. MORALES MORENO/J.M. MIQUEL GONZÁLEZ), núm. 10, Madrid, 2007, p. 84. Consúltense para mayor información su monografía *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. La demanda de Jeniffer L. Cramblett no sólo es planteada como una acción de responsabilidad por wrongful birth sino que también pide responsabilidad por breach of warranty. Probablemente tiene mucho más sentido plantear la demanda por esta segunda vía, es decir, alegando los daños que le había provocado la ruptura de la garantía a que se había comprometido el fabricante del producto. Aquí cabe sostener que el banco de semen se había comprometido a la venta de semen de un determinado donante y, en cambio, entrega un esperma de donante distinto.

3 AT, IRe 3: 16-28.

parece predominar la importancia del elemento genético<sup>4</sup>. Ello es patente tanto en el número minoritario de parejas que quieren donar sus embriones sobrantes para la implantación en parejas estériles, como en la ansiedad sufrida por los progenitores cuyos embriones han sido erróneamente implantados en mujeres que no han tenido la voluntad de gestarlos. De estadísticas llevadas a cabo en EEUU o Australia se desprende que la gran mayoría de parejas que han acudido con éxito a programas de fecundación *in vitro* o que han abandonado su intención de concebir, se muestran contrarias a que sus hijos genéticos sean criados por extraños<sup>5</sup>.

Pero, a la vez, qué duda cabe de que detrás de esta problemática también subyace una cuestión profundamente actual, esto es, la tensión entre las concepciones biológicas/genéticas y sociales de la paternidad. ¿Deben prevalecer también aquí, como en otros casos, los ligámenes afectivos y sociales sobre los lazos de sangre y, por tanto, sobre la verdad biológica? ¿Debe predominar, para la resolución de la implantación errónea de embriones, una visión de la familia, a la que se tiende hoy sin duda por parte de la jurisprudencia, nacional e internacional, entendida como comunidad de afectos más que como un ligamen entre parientes consanguíneos?

Como se explica a lo largo de las páginas que siguen, a mi juicio no debe adoptarse una solución categórica y uniforme (esto es, prevalencia del elemento genético/biológico o prevalencia de la concepción social de la paternidad) para la resolución de estos casos. Por una parte, es muy dudoso que puedan resolverse estas hipótesis a la luz de la actual normativa de los códigos civiles o de la normativa reguladora de la reproducción asistida, en cuanto este tipo de conflictos no se contemplan de forma explícita en ninguna de estas normativas<sup>6</sup>. Por otra parte,

4 Señala la importancia del vínculo genético en la sociedad FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 183-184. No así desde el punto de la normativa legal, ya que uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida es el lugar secundario que ocupa el dato genético, en cuanto para la determinación del vínculo filial la voluntad procreacional es la que prima, ya se haya utilizado material genético de la propia pareja o de un tercero. En este sentido HERRERA, M.: "Comentario al artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro Segundo, Arts. 401-723, (dir. por M. HERRERA/G. CARAMELO/C. PICASSO), Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 290.

5 KATZ, K.: "Snowflake Adoptions and Orphan Embryos: The Legal Implications of Embryo Donation", *Wisconsin Women's Law Journal*, 2003, núm. 18, pp. 188-189.

6 Sostiene esta misma idea, propugnando soluciones externas al ordenamiento jurídico italiano, éticamente apropiadas, el Comitato Nazionale per la Bioetica, en el documento elaborado el 11 de julio de 2014 titulado "Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni" ([www.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni\\_scambio\\_involontario.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni_scambio_involontario.pdf)) (fecha de consulta: 29/06/2021). El documento es redactado por Lorenzo D'Avack ante un conflicto de intercambio erróneo de embriones entre dos parejas acontecido en una Hospital de Roma, que se analiza más tarde en este trabajo. Dicho Comité prefirió no expresar una preferencia por una de las parejas implicadas en cuanto a la determinación de la paternidad/maternidad de los hijos nacidos porque, cualquiera que sea la situación en la que los hijos nacidos crecerán, el dilema ético seguirá abierto. Se pone el acento, además, en el carácter dramático y trágico de este tipo de hipótesis y en el sufrimiento humano que ellas llevan consigo (p. 3). Se inclina porque impere una solidaridad, generosidad y responsabilidad entre todos los adultos implicados para darle al menor una vida serena al margen del conflicto, y porque se garantice, a la vez, la no exclusión de todos los sujetos no afectados (por ejemplo, a

estos modernos casos no pueden resolverse invocando “un derecho al hijo” sino que el criterio fundamental que entra aquí en juego es el del interés superior del menor. Por tanto, no se trata de solucionar estos conflictos estableciendo la prioridad entre los adultos de las parejas afectadas sobre un presunto derecho al hijo; lo único que existe es un deseo, lícito, claro, de ser padre o madre. Es indudable que este principio del interés superior del menor no sólo ha de jugar cuando el conflicto se plantea durante la minoría de edad del hijo en materias de educación, salud, visita o custodia, sino que también ha de jugar como un significativo factor para la determinación del status de filiación. Y aquí debe garantizarse, ante todo, la certeza de los nacidos en estas situaciones de tener una referencia parental y la inmersión en un núcleo familiar.

Por tanto, hay que plantearse cuál sea la mejor solución para la determinación de la filiación del menor fruto de tales técnicas a la luz de las circunstancias de cada caso. Ahora bien, ello no significa que no puedan apuntarse desde el inicio ciertos criterios o factores que ayuden a discernir cuál de las soluciones (preferencia por la paternidad genética o preferencia por la paternidad social) es la más idónea para el bienestar del menor en el supuesto particular. Así, cabe citar, entre otros factores, la fecha de la notificación del error (no es lo mismo el descubrimiento del error antes del nacimiento del menor que el descubrimiento ya pasado bastante tiempo) y, por tanto, la posibilidad del establecimiento de una relación paterno-filial de hecho (social, por tanto) de cierta duración. A ello puede añadirse la existencia de hermanos con los que el menor pueda tener una relación afectiva, o la posibilidad real de que pueda simplificarse lo más posible la determinación de la paternidad/maternidad, evitando la multiplicidad de padres y madres jurídicos. Es cierto que las técnicas de reproducción asistida llevan consigo la posibilidad de multiplicidad de sujetos que concurren a las citadas técnicas, pero no necesariamente tal multiplicidad de hecho debe traducirse siempre en una complejidad jurídica en cuanto a la determinación de la paternidad.

Como luego se analizará, los tribunales no siempre se decantan porque la paternidad/maternidad del menor se atribuya en exclusiva a una sola de las parejas implicadas, sino que en ocasiones “dividen” tal paternidad/maternidad entre tales parejas (por ejemplo, se reconoce la maternidad de la gestante y la paternidad del varón, perteneciente a otra pareja, que ha aportado el esperma), causando, o pudiendo causar, a mi juicio, problemas de cierto peso para el equilibrio psíquico y emocional del menor; sobre todo teniendo en cuenta que este tipo de soluciones o fórmulas pueden incrementar los conflictos iniciales ya existentes entre demandantes y demandados<sup>7</sup>.

---

través de la fórmula jurídica de un derecho de visita, pero apela también a un posible acuerdo espontáneo de las parejas) (p. 11).

7 A juicio de BIANCA, M.: “Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni”, *DFP*, núm. 1, enero-marzo, 2015, p. 194, deben

Por consiguiente, parece lo más adecuado, desde el punto de vista metodológico y estructural del presente trabajo, analizar las diferentes hipótesis que pueden darse en la realidad a propósito de la implantación errónea de embriones, a partir de los casos que se han presentado ante los tribunales.

## II. PRIMERA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DEL EMBRIÓN CON EL MATERIAL GENÉTICO DE LOS DOS MIEMBROS DEL MATRIMONIO O DE LA PAREJA DEMANDANTE. ANÁLISIS DE LA ORDINANZA DEL TRIBUNAL DE ROMA DE 8.8.2014 Y DE PERRY-ROGERS V. FASANO.

### I. Hechos del caso de la Ordenanza del Tribunal de Roma de 8.8.2014<sup>8</sup>.

Se produce un intercambio erróneo de embriones por parte del Hospital Pertini de Roma cuando se practica una fecundación in vitro homóloga tanto al matrimonio luego demandante como al matrimonio demandado<sup>9</sup>. Parece que la causa del error radica en que las dos mujeres poseen apellidos semejantes. Sólo una de las embarazadas tiene éxito en la gestación, dando a luz a dos gemelos.

El error se descubre con anterioridad al nacimiento de los menores, cuando la mujer embarazada se hace un test genético y las pruebas concluyen que el perfil genético de los gemelos no corresponde con el de ella y con el de su marido.

Nada más darse a conocer el caso en los medios de comunicación se suscita ya un gran debate en la doctrina italiana<sup>10</sup> y a los pocos días, el 11 de julio de 2014, se pronuncia sobre el problema el Comitato Nazionale di Bioetica, a petición de

---

evitarse soluciones que individualicen tantas figuras parentales como las técnicas de reproducción asistida consienten. Así como deben ser rechazadas soluciones aparentemente tranquilizadoras y transaccionales que, alegando argumentos como la existencia de la familia de los afectos, proponen derechos de visita del menor. En el mismo sentido se pronuncia NOVELLA BUGETTI, M.: "Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità", *Famiglia e Diritto*, 2014, núm. 10, p. 941. Para esta última autora las tesis que propugnan soluciones de compromiso son instrumentales respecto a las pretensiones de los progenitores (genéticos, en particular) y no lo son, en cambio, respecto a los nacidos, cuyo interés en la certeza y unidad de su estado de filiación deben ser prioritarios. En el derecho español NANCLARES VALLE, J.: "La filiación en caso de gestación heteróloga por error", *Actualidad Civil*, 2015, núm. 7, p. 12 ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)) (LA LEY 4947/2015), también considera que la ubicación del niño en dos núcleos familiares diversos y sujetos a una probable tensión en las relaciones entre ellos, no parece ser la solución más correspondiente con el interés de los hijos en este tipo de supuestos de implantación errónea de embriones.

- 8 Puede leerse el texto de la Ordenanza en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, diciembre 2014, núm. 12, pp. 1110-1115.
- 9 El intercambio de embriones entre dos parejas, a mi juicio, es únicamente una especie perteneciente al género de la implantación errónea de embriones.
- 10 Entre otros, D'AVACK, L.: "Se i veri mamma e papà volessero i loro bambini non avrebbero chance", *La Repubblica. It.*, 14 aprile 2014 (para quien la solución es que la madre gestante pida no ser declarada madre y abandone al menor, de modo que el padre genético reconozca al hijo que después adoptará con su mujer); FERRANDO, G., en una entrevista para el diario *La Repubblica.it*, 16 aprile 2014, en la página dedicada al tema "Di chi sono questi figli?" y, por último, opiniones de juristas como SANTOSUOSSO, F., ZENCOVICH, V. y MIRABELLI, C. en el artículo "Scambio di embrioni, per legale ospedale «non sono figli della gestante»", *IlFattoQuotidiano.it*, 18 aprile 2014.

la Regione Lazio, sin tomar posición sobre los criterios éticos y biojurídicos que deben inspirar la ponderación y la composición de los intereses en conflicto<sup>11</sup>.

Antes del nacimiento los progenitores biológicos/genéticos interponen un recurso por vía de urgencia ex artículo 700 del Código Procesal Penal requiriendo que se les proporcione información sobre el estado actual del embarazo, el lugar y fecha del parto y que se solicite a los funcionarios del Registro Civil que no inscriban al niño a nombre de la madre gestante y su marido.

Al producirse el nacimiento del niño antes de la resolución del recurso los demandantes modifican la demanda inicial pidiendo, en primer lugar, que se atribuya la guarda del niño a una institución idónea, con la consiguiente separación de los menores de los padres gestantes y, en segundo lugar, solicitando de modo subsidiario el reconocimiento del derecho de visita para ellos con el fin de poder asegurar la construcción de un ligamen afectivo con el menor que no perjudicase el construido con los padres gestantes, en caso de que a éstos últimos se les reconociese finalmente como padres legales. También solicitan que sea elevada una cuestión de legitimidad constitucional de varios preceptos del Código Civil, en concreto, del artículo 269.3º c.c. en la parte en que prevé que la madre legal sea la que da a luz, del artículo 239 párrafo 1º c.c. en la medida en que restringe la posibilidad de reclamar el estado de hijo sólo a los casos de suposición de parto o de sustracción del nacido, del artículo 243 bis c.c. en cuanto limita la legitimación para interponer la acción de desconocimiento de la paternidad a la madre, al marido y al hijo, en relación con el art. 263 c.c. que, en cambio, prevé que la acción pueda ser propuesta por quien tenga interés.

Entiende el Tribunal de Roma que tal procedimiento cautelar debería ser instrumental del ejercicio de la acción de mérito de declaración judicial de la paternidad y maternidad natural, pero que esta última acción, sobre la base de la actual normativa italiana, no podría ser interpuesta por los padres genéticos en cuanto ello conllevaría que se removiera el status de padres legítimos adquirido por los padres gestantes. Y esta última opción no es posible en este caso, según el tribunal, porque no concurren los presupuestos para la reclamación por los recurrentes del estado de filiación en el artículo 239 c.c. (sólo prevista para el caso de suposición de parto o de sustracción del nacido), ni tampoco puede el matrimonio demandante ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad, que está reservada en el art. 243 bis c.c. al marido, a la madre y al hijo mismo.

Resuelve el tribunal de Roma en contra de los demandantes, progenitores genéticos, y a favor del matrimonio demandado, alegando la aplicación de ciertos

---

11 El Comitato se inclina por fórmulas de resolución no contenciosas, que pasan, no por afirmar derechos, sino por la renuncia a los mismos. Véase la nota de pie de página 7 del presente trabajo.



principios vigentes en el ordenamiento italiano, aplicables a todo el derecho de filiación según el tribunal, con independencia de la modalidad en la cual la filiación se haya producido<sup>12</sup>. En concreto, mantiene que la aplicación de estos principios se hace en consideración al interés superior del menor (en concreto, en aras de la estabilidad de su status y de su derecho a vivir en la propia familia). El primero de los principios es el de que madre legal es aquella que pare (art. 269.3° c.c.), aplicable tanto en la reproducción natural como en la asistida, y que se ha mantenido tras la reforma italiana de la filiación llevada a cabo por Decreto Legislativo 28.12.2013 n. 154<sup>13</sup>. El segundo principio es el de la presunción de paternidad del marido (artículo 231 c.c.), también vigente tras la citada reforma italiana del derecho de filiación, extendiéndose al ámbito de la reproducción asistida al referirse, no solo al hijo concebido dentro del matrimonio, sino también al hijo nacido dentro del mismo<sup>14</sup>. Por consiguiente, se presume padre legal al marido de la madre gestante.

Por último, se aplican los artículos 6 y 9 de la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 núm. 40 sobre "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"<sup>15</sup>, que impiden, respectivamente, la acción de desconocimiento de la paternidad a quien ha prestado voluntariamente su consentimiento a la fecundación artificial y la asunción del vínculo filial con el nacido por parte del donante de material genético. El Tribunal, aunque afirmando que el caso no es adscribible a la hipótesis de la fecundación heteróloga, aplicando la citada normativa, sostiene que el marido de la madre gestante, en el momento en que ha consentido que la mujer siga adelante con el embarazo, ha prestado de hecho un consentimiento ex post<sup>16</sup>. Asimismo, el padre genético, en presencia del status de hijo de otra persona (el marido de la mujer gestante), no puede promover la acción de desconocimiento de la paternidad y no puede reconocer al hijo. La acción de desconocimiento de

12 ALABA CAREDDA, V.: "Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità", *Giustizia Civile*, 23.9.2014, p. 4 ([www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)) la decisión del Tribunal de Roma en la medida en que recurre a una profunda argumentación jurídica para resolver el caso cuando la lógica del procedimiento de urgencia que se interpone hubiera justificado perfectamente no hacerlo.

13 BIANCA, M.: "Il diritto del minore", cit., pp. 191-192 ve de forma favorable la aplicación de tal principio a este caso. También en los supuestos de maternidad subrogada se acoge esta solución de privilegiar a la madre uterina frente a la madre genética, con independencia de la validez o no del contrato. Ahora bien, a su juicio es claro que la madre genética debe tener un derecho residual a su maternidad, derecho que puede ejercitar cuando la madre uterina ha decidido de modo explícito renunciar a la propia maternidad.

14 Véase CIAN, G./TRABUCCHI, A.: "Commentario al art. 231 del Codice Civile", *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, 2020, p. 308.

15 En la actualidad los preceptos de esta legislación, que se ocupaban inicialmente sólo de la fecundación homóloga, se aplican a la fecundación heteróloga, una vez que ésta última ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 9 de abril de 2014. Consúltense el texto legal en *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004 (<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>).

16 BIANCA, M.: "Il diritto del minore", cit., p. 196, considera que, a falta de disposición normativa que prevea la hipótesis del intercambio erróneo de embriones, es correcta la argumentación del Tribunal de Roma en cuanto tiene en cuenta la tutela del preferente interés del menor a la estabilidad del status familiar. Por el contrario, SCALERA, A.: "Mater semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni", *NGCC*, 2014, p. 1118 estima que, por un lado, no hay consentimiento del marido de la gestante a que sea implantado un embrión formado con material genético ajeno y, por otra parte, que desde el punto de vista jurídico no es relevante un eventual consentimiento del varón a llevar adelante el embarazo, existiendo tal posibilidad solo para la mujer en cuanto ella decide si aborta o no.

paternidad del hijo nacido en el matrimonio está reservada en el artículo 243 bis del código civil italiano al marido, a la madre y al hijo mismo.

Por otra parte, se aplica al padre genético demandante el principio recogido en el artículo 9 de la ley de 19 de febrero de 2004 núm. 40, de modo que no puede asumir vínculo filial con los nacidos al calificarle como donante.

A) *Pronunciamientos posteriores.*

a) Pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de septiembre de 2014.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado inadmisibile en su pronunciamiento de 16 de septiembre de 2014 (X C. Y contro l'Italia) el recurso presentado por los padres genéticos basado en la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Se alega por el tribunal que los demandantes no han agotado todas las vías que ofrece la legislación italiana para obtener el reconocimiento de la vulneración de sus derechos. En particular, la pareja no ha emprendido ningún procedimiento civil o penal para obtener el resarcimiento del daño por negligencia médica, o para determinar la eventual responsabilidad penal de las partes implicadas. También señala que los recurrentes no han presentado petición de acceso a los documentos administrativos para obtener las informaciones solicitadas en virtud del art. 22 de la Ley 7.8.1990 n. 241<sup>17</sup>. Es decir, parece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala el remedio de la responsabilidad civil como el adecuado en este tipo de supuestos.

Pero, a mi juicio, puede afirmarse, sin ninguna duda, que los progenitores genéticos demandantes no son los únicos que sufren un daño a causa del error cometido por el centro médico. La solución adoptada por la Ordenanza del Tribunal de Roma da preferencia a la tutela de la certeza y de la unidad del estado de filiación conseguido por el hijo, aplicando ciertas reglas tradicionales de filiación, pero es innegable que lleva consigo la lesión de una multiplicidad de intereses de carácter patrimonial y no patrimonial de los progenitores genéticos demandantes. Por una parte, éstos ven sacrificada su relación parental con el nacido y, por otro, ven vulnerado su propio derecho de autodeterminación en las elecciones procreativas, no habiendo podido impedir de ningún modo el nacimiento de personas que tienen su propio patrimonio genético. Pero es indudable que también los progenitores legales (la madre gestante y su marido) sufren, a causa

17 Señala el Comitato Nazionale per la Bioetica, en el documento emitido el 11 de julio de 2014, que la conciencia de la posibilidad de error en el ámbito de las técnicas de fecundación in vitro, lejos de servir de justificación, debe alertar al máximo el sentido de la responsabilidad del personal médico y de los otros operadores sanitarios en el respeto del procedimiento de seguridad previsto en la normativa vigente (cit. pp. 5 y 12).

del error técnico del intercambio de embriones, una vulneración de la propia autodeterminación en las elecciones procreativas, en cuanto se encuentran con que deben sufrir una escisión, no querida, entre la paternidad legal y la paternidad genética. Se ha mantenido que incluso el propio hijo nacido estaría legitimado para demandar a la estructura sanitaria incumplidora, en cuanto se vulnera el derecho a la propia identidad genética<sup>18</sup>.

b) Sentencia del Tribunal de Roma de 22 de abril de 2015<sup>19</sup>.

Con posterioridad hay otro pronunciamiento del Tribunal de Roma, sección primera, de 22 de abril de 2015 ante el nuevo recurso planteado por el progenitor genético, que solicita que el juez eleve una cuestión de legítima constitucionalidad del art. 243 bis del Código Civil, en la medida en que, en virtud de tal precepto, sólo pueden ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad el hijo, la madre y el marido de la madre, pero no el padre genético. Es decir, ante la presencia de un padre legal (el marido de la madre gestante), el progenitor genético no puede promover dicha acción de desconocimiento y se ve imposibilitado, por tanto, de poder reconocer a su hijo. Además, en esta nueva demanda el progenitor genético solicita la adopción de una medida cautelar, por la que se le permita tener relación con los nacidos, de modo que los encuentros se desarrollen delante de la presencia de una figura neutra similar a la de un mediador familiar.

El tribunal de Roma decide optar por la misma solución a la que llega la Ordenanza anterior. La Ordenanza prima el ligamen simbiótico establecido entre la madre gestante y el nacido durante el embarazo, además de poner el peso en el argumento de la inserción de los menores en el núcleo familiar formado por la parturienta y su cónyuge durante los primeros días de vida. En este nuevo pronunciamiento el tribunal de Roma afirma, por su parte, que, tras haber pasado ya 8 meses desde el nacimiento de los dos niños, es del todo razonable presumir que en el transcurso de dichos meses la formación social compuesta por la madre gestante, su marido y los dos niños ha tomado y asumido una verdadera y propia identidad familiar.

Asimismo, mantiene que la elevación de una cuestión de constitucionalidad del artículo 243 bis del Código Civil estaría destinada a terminar con una presumible declaración de inadmisibilidad por parte del Tribunal Constitucional. Así, a su juicio, la preferencia por la paternidad genética no es la única alternativa sostenible a la luz del propio texto constitucional. De hecho, la opuesta preferencia por los

18 Todo este conjunto de reflexiones sobre el remedio de la responsabilidad en NOVELLA BUGETTI, M.: "Scambio di embrioni", cit., p. 933. Sin embargo, el propio Comitato Nazionale per la Bioetica reconoce (cit. p. 9) que en este tipo de situaciones hay que ser conscientes de que no siempre es posible reparar completamente el daño. Por tanto, a mi juicio, a la hora de la determinación de la cuantía de la indemnización debe tenerse en cuenta el carácter irreversible del daño causado.

19 R.g. 11646/2015.

ligámenes sociales ha sido afirmada por numerosos pronunciamientos nacionales y supranacionales. En concreto, el tribunal de Roma hace referencia a la STEDH de 27 de enero de 2015, en la que el Tribunal estima contrario al interés superior del menor el pronunciamiento judicial italiano por el que se había ordenado la guarda a los servicios de asistencia social de un menor ruso de 9 meses, nacido fruto de un acuerdo de maternidad subrogada concertado por una pareja italiana sin nexo biológico/genético con el niño. Según el TEDH el lapso temporal que el menor había pasado con la pareja había generado ya una dimensión familiar en sentido propio. Y la imposición de una ruptura de tal núcleo, no obstante el modo ilegal en que se había originado, constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) no justificada por la gravedad de los hechos.

Señala la sentencia del Tribunal de Roma que para el TEDH el alejamiento del menor del ambiente familiar es una medida extrema, justificable solo en caso de inmediato peligro para el menor. Y subraya la conveniencia de aplicar las mismas reflexiones al caso que está analizando del erróneo intercambio de embriones. Finaliza explicando que, dada las circunstancias del supuesto presente, no es razonablemente previsible ni humanamente exigible que ambas parejas afectadas, demandante y demandado, mantengan en el tiempo una actitud de neutralidad y de serena colaboración entre ellos.

*B) Inadecuación de la normativa del Código Civil y de la normativa de reproducción asistida para la resolución del caso.*

La doctrina italiana ha llegado a mantener que el caso del intercambio erróneo de embriones es irresoluble utilizando el propio ordenamiento jurídico, en consideración a los derechos fundamentales y antagónicos puestos en juego, ya que originan situaciones que el legislador, tanto en el Código Civil como en la Ley de Reproducción Asistida, no han previsto<sup>20</sup>. Aquí se daría además un doble interrogante: si las reglas tradicionales del Código Civil son aplicables a los casos de reproducción asistida y si las propias normas reguladoras de la reproducción asistida sirven para resolver hipótesis no previstas en ella y que no guardan analogía con las que sí son objeto de regulación.

Es indudable que los Códigos Civiles con carácter general no están pensando en este tipo de nuevas situaciones derivadas de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, de ahí que sea cuanto menos conflictivo aplicar dicha normativa para resolver casos relativos a reproducción asistida dadas las consecuencias a las que pudiera llegarse. Una de las normas básicas sobre las que resuelve el caso la Ordenanza de Roma es aquella que considera madre legal a la

<sup>20</sup> Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosé, Pilato e Giuseppe", *Giustizia Civile*, 1.12.2014, p. 2 ([www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)).

madre que da a luz. Pero realmente esta norma, cuando se incluye en el código civil italiano y en otros de su época, únicamente está pensando en que la madre genética y la madre gestante son la misma persona<sup>21</sup>.

Para mí es criticable que la sentencia mezcle varios planos y textos legislativos. Aplica, por una parte, normas del Código Civil que regulan criterios de determinación de la paternidad aplicables en principio a la procreación natural, para resolver una hipótesis de nacimiento bajo las técnicas de reproducción asistida y, por otra parte, aplica normas de la legislación de técnicas de reproducción asistida para resolver un supuesto que no encaja en ninguno de los previstos en tal normativa especial.

El caso presente es excepcional y no puede subsumirse en ninguna de las hipótesis de procreación médicamente asistida. Ello conduce a sostener que no son aplicables, ni por analogía, los principios que regulan el microsistema de la disciplina de la reproducción artificial, ya sea homóloga o heteróloga. El error humano sustituye al elemento de la voluntad, lo que hace totalmente inaplicables los paradigmas que sobre el consentimiento y sobre el principio de autorresponsabilidad fundamentan la paternidad/maternidad en las técnicas de reproducción asistida<sup>22</sup>.

Este caso no es de fecundación homóloga, ya que, aunque en un principio sí lo fue, deviene en heteróloga por error con posterioridad, al utilizarse el material genético de otras personas distintas<sup>23</sup>. Pero tampoco pueden aplicarse las normas de fecundación heteróloga, porque difiere de esta última hipótesis en que, por una parte, no hay consentimiento de los progenitores gestantes a la implantación del embrión constituido con material genético ajeno<sup>24</sup> y, por otra, no hay consentimiento del matrimonio demandante a la donación del embrión creado

21 En este sentido SCALERA, A.: “*Mater semper certa est?*”, cit., p. 1118. También califica CIRAOLO, C.: “Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità”, *Jus Civile*, 2014, núm. 12, p. 497 ([www.juscivile.it](http://www.juscivile.it)), como una situación perpleja, que puedan aplicarse los criterios reguladores de la determinación de la paternidad contenidos en el código civil a las hipótesis de nacimiento de niños fruto de las técnicas de reproducción asistida. Ya hace varios años que se planteaba OPPO, G.: “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fascículo 2º, pp. 104-105, el problema de la determinación de la paternidad/maternidad en los casos de implantación errónea de embriones. El mantenía que en principio no debe aplicarse a estos casos el artículo 269 c.c., que establece que la madre legal es la que da a luz, ya que se trata de hipótesis no imaginables en el tiempo de la promulgación del código civil. Por ello el status de filiación del nacido debe atribuirse a quien ha constituido el embrión desde el punto de vista genético. A su juicio, el asilo que da la madre uterina al embrión no puede equipararse a la creación del embrión siempre y cuando sea cierto que el embrión lleva dentro de sí ya toda la esencia del individuo futuro. Pero reconoce que puede llegarse a otra conclusión desde una posición más avanzada que admita una preferencia de la paternidad/maternidad legal sobre la natural.

22 BIANCA, M.: “Il diritto del minore”, cit., p. 191.

23 El documento del Comitato Nazionale per la Bioetica utiliza dicha expresión de fecundación heteróloga por error en la página 6.

24 Como no hay consentimiento expreso de la madre gestante a que se le implante un embrión creado con material genético ajeno, tal y como exige la normativa de reproducción asistida, no parece que pueda atribuirse la maternidad del niño nacido a aquella. En este sentido se pronuncia PODDIGHE, E.: “Lo scambio di embrioni”, cit., p. 9, para quien la normativa de reproducción asistida habría de aplicarse con preferencia a la normativa del Código Civil al ser aquella ley especial.

con su propio material genético para su implantación en otra mujer<sup>25</sup>. Por tanto, nada impediría que los progenitores genéticos puedan reclamar su paternidad/maternidad ya que no se aplicaría el art. 9 de la Ley n. 40 de 19 de febrero 2004 sobre Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, según la cual el donante no asume ninguna relación de paternidad con el nacido<sup>26</sup>.

Tampoco podemos considerarlo en sentido técnico un caso de “maternidad subrogada por error” (más que en un mero sentido descriptivo de la situación de hecho de una mujer que lleva en el útero el patrimonio genético de otra mujer), porque aquí no hay ningún contrato previo entre los sujetos afectados<sup>27</sup>. Si esta situación se produce de facto es sencillamente porque hay un error de la clínica.

### C) *Análisis crítico de la solución dada por la Ordenanza del Tribunal Roma.*

La Ordenanza del Tribunal de Roma identifica el interés del menor con el interés a la estabilidad de la relación de filiación y al mantenimiento de los ligámenes familiares y de los afectos. Y considera que tal interés pasa por privilegiar la paternidad/maternidad social sobre el vínculo genético. Indudablemente este tipo de casos deben resolverse a la luz del interés superior del menor, pero juegan en este caso concreto una serie de factores que podrían llevar a dudar de la corrección de la decisión judicial de identificar tal interés con la paternidad social.

En primer lugar, el material genético del que está constituido el embrión procede exclusivamente de la pareja demandante<sup>28</sup>. En segundo lugar, el error se descubre con anterioridad al nacimiento. Por ello, pudiera pensarse que cuando los hechos se descubren antes de que el niño nazca es factible adoptar medidas de urgencia para que no se establezca un vínculo afectivo duradero con la madre gestante y su pareja que lleve, lógicamente, a considerar que es mejor para el

25 Así MENDOLA, A.: “Favor minoris e presidio del dato biologico”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, núm. 2, pp. 561-562.

26 En este sentido BIANCA, M.: “Il diritto del minore”, cit., p. 189. De la opinión contraria es NOVELLA BUGETTI, M.: “Scambio di embrioni”, cit., p. 939, para quien la fecundación heteróloga por error es una especie dentro del género fecundación heteróloga, de manera que, a falta de reglas previstas para la primera, deberían aplicarse las normas que regulan la segunda. Así, el padre genético debe ser considerado un donante y no podría reclamar la paternidad jurídica de los nacidos. Por el contrario, debería ser estimado padre legal el marido o compañero de la madre que da a luz.

27 BIANCA, M.: “Il diritto del minore”, cit., p. 190. El documento del Comitato utiliza también esta expresión en la página 6. Entiende también la Ordenanza del Tribunal de Roma, en el mismo sentido, que no puede calificarse como un caso de maternidad subrogada, en cuanto falta completamente el consentimiento y la voluntariedad del comportamiento tanto de la madre genética como de la madre uterina.

28 NANCLARES VALLE, J.: “La filiación”, cit., p. 10, considera que este tipo de supuestos deberían resolverse en favor de la mujer no gestante y su esposo, tanto desde la verdad biológica como desde la concreta voluntad manifestada en el inicial consentimiento informado a la fecundación homóloga (el consentimiento se da por ambas parejas para concebir su propia descendencia). No se trata de un caso de gestación por sustitución en la que se atribuya la maternidad por razón del parto, tampoco de una fecundación heteróloga en la que se admita una determinación a favor de la gestante de carácter no impugnabile para la madre biológica. Por ello, a su juicio, debería permitirse a los progenitores biológicos impugnar la filiación inicialmente determinada y reclamarla para sí.

interés del menor que éste permanezca con estos últimos frente a los progenitores genéticos. Señala en este sentido, a mi juicio con acierto, el ya citado Comitato Nazionale per la Bioetica, que para la resolución de este tipo de hipótesis debería tener gran relevancia el momento temporal del descubrimiento del error. Si el descubrimiento se produce cuando el nacido ya esté inserto en un contexto familiar con consolidadas relaciones afectivas, cualquier otra figura parental distinta a la de ese núcleo familiar resultaría para él completamente lejana<sup>29</sup>.

No obstante, la Ordenanza del Tribunal de Roma justifica su decisión de privilegiar la paternidad/maternidad social en que, a su juicio, hay un interés del menor en mantener la estabilidad del status familiar y en su derecho a vivir con aquella que, según el ordenamiento italiano vigente, es su familia. Argumenta que deben prevalecer los lazos afectivos sobre los biológicos, en especial a la luz del hecho de que los gemelos ya han nacido y debe sostenerse que, en sus primeros días de vida, ya han establecido una significativa relación afectiva con la madre gestante y su marido. A mi juicio, es perfectamente legítimo dar preferencia a los lazos sociales y afectivos sobre los biológicos cuando éstos existen realmente. Pero, ¿aquí existen realmente dadas las circunstancias del caso?

Se ha mantenido que la afirmación anterior de la Ordenanza desde un punto de vista psicológico es, al menos, discutible. Aludiendo a uno de los mayores estudiosos que se han ocupado de la relación entre la madre y el hijo, John Bowlby, se concluye que el ligamen afectivo no se consolida de forma estable y profunda hasta después de los nueve meses de vida y no, como señala la Ordenanza, a los pocos días del nacimiento<sup>30</sup>.

La Ordenanza también justifica la prevalencia de los lazos afectivos en el ligamen simbiótico que se crea entre el embrión y la mujer que lo lleva en su útero durante nueve meses<sup>31</sup>. En todo caso, tal vínculo, que sí está presente desde luego en el Código Civil cuando estima madre legal a la que da a luz, es extraño, en mi opinión, a la noción comúnmente acogida de familia basada en los afectos.

Se pregunta Elena Poddighe si la solución de la Ordenanza hubiera sido la misma en caso de que el embrión implantado en los padres genéticos hubiese nacido con éxito y que ambas parejas hubieran acudido al juez solicitando el intercambio de los nacidos. Seguramente, afirma ella, el juez no habría tenido problema en

29 Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni", cit., pp. 5 y 12.

30 Explica las tesis de tal autor Scalera, A.: "Mater semper certa est?", cit., p. 1119.

31 Francesco D'Agostino realiza un voto contrario a la tesis acogida por el Comitato Nazionale per la Bioetica en el que critica que no se haya dado una solución jurídica al problema planteado. El apunta que la atribución a la madre genética de la maternidad del nacido sería absurdo, porque los nueve meses de gestación crean vínculos entre la madre gestante y el concebido y no nacido que no pueden materialmente establecerse (si no es a nivel imaginario) entre el nasciturus y la madre genética (p. 13).

entender que el interés superior de los menores pasa por la solución opuesta a la acogida finalmente en este caso<sup>32</sup>.

D) *Apertura de ciertos interrogantes.*

La doctrina italiana ha apuntado algunos interrogantes que quedan abiertos tras la Ordenanza del Tribunal de Roma.

El primer interrogante es qué ocurriría si la madre que da a luz y su pareja no estuviesen casados. Si la pareja de hecho de la madre no consiente *ex post* a la fecundación heteróloga el niño fruto de tales técnicas quedaría privado, en este caso concreto, de uno de los progenitores pudiendo tener dos genéticos, quedando sólo determinada la filiación respecto a la madre gestante. No se aplicaría la presunción legal de paternidad de la pareja de la madre gestante (sólo aplicable al marido). La elección entre que una persona tenga un solo progenitor existiendo la posibilidad real de contar con dos biológicos creo que debería inclinarse hacia esta última: ello garantiza en principio de forma más adecuada y segura que puedan cumplirse frente a él los deberes paterno-filiales.

El segundo interrogante sería el siguiente: En el caso hipotético de que la madre que da a luz hubiese renunciado a la maternidad, ¿se declararía al menor en estado de abandono? Ello sería totalmente absurdo teniendo el menor dos progenitores biológicos vivos. Por ello se ha propuesto por la doctrina que tanto la madre genética como el padre genético tuviesen un derecho residual a la paternidad/maternidad en caso de que se produzca la renuncia al menor y evitar así el estado de abandono de éste<sup>33</sup>.

El tercer interrogante plantea cómo debería jugar en estos casos el derecho del menor a conocer los propios orígenes. ¿Se vería obstaculizado dicho derecho con una decisión judicial que privilegie la determinación de la relación filial respecto a la madre que da a luz y su marido/pareja en detrimento de los progenitores genéticos? Desde luego tal decisión judicial no debería impedir que el menor pudiera pedir información sobre sus progenitores genéticos<sup>34</sup>. Una cosa es el

32 Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni", cit., p. 4.

33 Bianca, M.: "Il diritto del minore", cit., pp. 192-199.

34 Señala el Comitato Nazionale per la Bioetica, cit.pp. 11-12, que hay un irrenunciable interés de los hijos nacidos por estas técnicas a conocer sus orígenes, y todavía está más justificado que los progenitores con los que los niños convivan finalmente les revelen la verdad sobre su modo de concepción. En estos casos no es deseable que se niegue al nacido la posibilidad de conocer los datos de los padres genéticos y/o de la madre gestante. Debe ser necesaria la existencia de una completa información por parte del centro donde se recoja el procedimiento sobre los orígenes del menor y sobre las parejas implicadas en el error, eventualmente autorizado por los órganos de justicia competentes, no sólo ya para la reconstrucción de la identidad personal del menor sino también para permitir a las parejas una deseable colaboración entre ellas.



derecho a conocer los orígenes y otra distinta el derecho a la identidad filial, que es el derecho al reconocimiento del estado de hijo.

## 2. Perry-Rogers v. Fasano<sup>35</sup>.

En esta sentencia de 26 de octubre de 2000, muy similar en cuanto a los hechos a la Ordenanza del Tribunal de Roma sobre intercambio erróneo de embriones, el Tribunal Supremo de Nueva York decide de forma totalmente contraria a dicha Ordenanza italiana.

### A) Hechos del caso<sup>36</sup>.

En abril de 1998 los demandantes, la pareja afro-americana formada por Deborah Perry-Rogers y Robert Rogers, empieza una fertilización in vitro en el Centro de Fertilidad In Vitro de Nueva York. Durante el proceso embriones procedentes de tal pareja son implantados por error en el útero de la luego demandada Donna Fasano, junto con otros embriones constituidos con el material genético de ésta última y de su marido. Los Fasano son de raza blanca. Deborah Perry-Rogers no se queda embarazada, pero sí Donna Fasano de dos gemelos. El 28 de mayo de 1998, con anterioridad a que se produzca el nacimiento, ambas parejas son informadas del error por la clínica y de la necesidad de hacerse un test de ADN. Parece que los Rogers intentan averiguar qué había pasado con sus embriones, pero a su vez los Fasano no toman ninguna medida para tratar de identificar a los padres genéticos.

El 29 de diciembre de 1998 Donna Fasano da la luz a dos varones gemelos, uno blanco (hijo biológico de los Fasano, de nombre Vincent Fasano) y otro de color; éste último hijo genético de los Rogers (hoy conocido como Akeil Richard Rogers). El 13 de abril de 1999 los resultados de las pruebas de ADN confirman que los Rogers son los padres genéticos de Akeil.

Finalmente, el 29 de abril de 1999, cuando Akeil tiene cuatro meses, los Fasano acuerdan renunciar a la custodia de Akeil, bajo negociación escrita, a cambio de un futuro derecho de visita cuyo incumplimiento daría lugar a poder reclamar la cantidad de 200,000 dólares. Según testifica Deborah Perry-Rogers ella se sintió compelida a firmar el acuerdo para obtener la custodia de su hijo. El 10 de mayo de 1999, cuando el niño tiene cuatro meses y medio, los Fasano entregan el niño a los Rogers. Pero el 25 de mayo de 1999 los Rogers (que no quieren cumplir el derecho de visita acordado) demandan a los Fasano, pidiendo la declaración

35 276 A.D.2 d 67, 715 N.Y.S. 2 d 19 (N.Y. App. Div. 1 st Dept. 2000).

36 Disponibles en <http://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1366796.html> (fecha de consulta: 29/06/2021)

judicial de su paternidad sobre el niño, buscando la custodia exclusiva del menor, sin mencionar el acuerdo que habían firmado con anterioridad.

El Tribunal emite el 14 de enero de 2000 una orden permitiendo a los Fasano el derecho de visita. Los Rogers apelan tal orden. Bajo la normativa de Nueva York (New York Domestic Relations Law &70), las únicas personas que tienen derecho de visita son los padres, los abuelos y los hermanos. Los Rogers alegan, como primer argumento, que los Fasano no están legitimados para pedir el derecho de visita en cuanto no entran dentro del citado marco legal, unido al hecho de que, al ceder la custodia de Akeil a sus padres genéticos, los Fasano han renunciado a todo derecho relacionado con su status parental, necesario para reclamar derechos de visita. Pero la División de Apelaciones del Tribunal Supremo de Nueva York no estima tal argumento.

Sin embargo, el derecho de visita es negado finalmente por el tribunal a los Fasano sobre el segundo argumento planteado por los Rogers en su recurso: esto es, sobre la base del principio estoppel (similar al principio de ir contra los propios actos). El tribunal otorga mucha relevancia a que los Fasano conocieran el error de la clínica poco después de que se cometiera, de modo que la paternidad nominal de los Fasano sobre Akeil debió ser corregida lo antes posible. Ellos no pueden ser considerados progenitores debido a que han incurrido en un comportamiento deshonesto<sup>37</sup>. Esto es, según el tribunal debieron devolver al niño a sus padres genéticos en cuanto nació para evitar el establecimiento de cualquier tipo de lazo con el menor. Por tanto, los Fasano no pueden reclamar ni discutir sobre un derecho de visita basado en un ligamen con el menor cuanto éste ha sido constituido de forma negligente<sup>38</sup>.

#### B) *Análisis crítico de la sentencia.*

Desde luego ya he apuntado con anterioridad que el factor del descubrimiento del error en una fecha anterior al nacimiento es decisivo para la resolución de este tipo de disputas entre padres genéticos y padres gestantes. A mi juicio, cuando el error es descubierto muy pronto, tal error puede y debe ser corregido cuanto

37 Muy crítico con la argumentación del tribunal BENDER, L.: "Genes, parents and Assisted Reproductive Technologies: Mistakes, Sex, Race & Law", *Columbia Journal of Gender & Law*, 2003, núm. 12, pp. 23 y 25. Señala que ambas partes en el conflicto pueden ser acusados de "dirty hands". Los Rogers firmaron un acuerdo con los Fasano permitiendo el derecho de visita de éstos. Y nada más recibir la custodia física del niño, vulneran los términos del acuerdo.

38 Señala BENDER, L.: "Genes, parents", cit., p. 27, que el tribunal no aclara si critica a los Fasano por constituir un lazo con el menor después del nacimiento (durante el tiempo que vive con ellos hasta que es entregado a los Rogers) o los critica por formar un lazo durante el tiempo del embarazo (después de que los Fasano fueran informados de la implantación errónea y de la posibilidad de que uno o ambos gemelos pudieran ser hijos genéticos de otra pareja). De hecho, tampoco queda claro si el tribunal reconoce lazos intrauterinos o cree que todo ligamen entre madre e hijo ocurre después del nacimiento. En cualquier caso, señala este autor (cit. p. 40) que pedir a la señora Fasano que decidiera no formar un ligamen con sus dos fetos porque ellos podrían no ser suyos es irreal, no natural e impensable.

antes en favor de los padres genéticos. Sin embargo, la solución debe ser distinta en caso de que el error del hospital se descubra mucho tiempo después. Entonces un cambio en la determinación judicial de la paternidad y un cambio de custodia a favor de los padres genéticos en absoluto es una buena decisión para el interés del menor, pudiendo los tribunales considerar algún otro tipo de acuerdo.

¿Ha servido aquí el factor de la raza como un claro criterio de determinación de la paternidad a favor de los padres genéticos? Vernellia R. Randall<sup>39</sup> se pregunta la razón de que la mayoría de la doctrina norteamericana haya aceptado sin problemas que Akeil retorne a sus padres genéticos. ¿Es que el resultado parece de alguna manera correcto o moralmente justo, o es que en realidad no parece adecuado que un niño negro tenga progenitores blancos? O más insidiosamente, ¿es porque permitir a los Fasano tener al menor abriría la posibilidad de que familias de color criaran a niños blancos en caso de que se hubiera cometido un error análogo al de este caso?

En este sentido se ha mantenido por alguna voz doctrinal que, aunque parezca así a primera vista, el tribunal no ha decidido en favor de los Rogers aplicando como criterio exclusivo el factor genético. Se ha sostenido que en esta decisión el esencialismo genético (es decir, el ADN es la parte más importante del ser humano, de modo que la genética debería prevalecer sobre cualquier otro factor cuando se deciden cuestiones como la determinación de la paternidad) esconde planteamientos racistas y que decisiones judiciales basadas en la raza perpetúan el racismo biológico en la sociedad<sup>40</sup>. Por ello, se ha cuestionado si, en caso de que la fisonomía racial de Akeil hubiese sido blanca, el tribunal también habría considerado culpable a los Fasano por no devolver al niño en el momento del nacimiento a los padres genéticos.

Cabe preguntarse, además, qué hubiera pasado si la madre gestante no hubiera firmado el acuerdo renunciando a la custodia del menor. Probablemente entonces hubiera tenido más peso el principio tradicional de que madre legal es la que da a luz, como ocurrió en la sentencia italiana antes comentada, dando relevancia al ligamen que se forma ya durante el embarazo entre madre e hijo.

Qué valor, por último, tendría aquí el hecho de que los dos nacidos sean gemelos y de que los dos hermanos queden separados en dos familias distintas. La División de Apelaciones del Tribunal niega legitimación activa para solicitar el derecho de visita no sólo a la madre gestante (Sra. Fasano) sino también a Vincent, el hijo genético de los Fasano. El argumento empleado en relación con

39 "Race and Advanced Reproductive Technology Mistakes", p. 10 (<http://academic.udayton.edu/health/05bioethics/reproduce09.htm>) (fecha de consulta: 29/06/2021)

40 BENDER, L.: "Genes, parents", cit., pp. 22, 41, 51-52 y 78.

la legitimación de este último es que lo impide el tenor literal de la normativa de Nueva York (New York Domestic Relations Law &70), que sólo permite reclamar el derecho de visita a los hermanos en cuanto "related by whole or half-blood". El tribunal considera, pues, tanto a Vincent como a Akeil "extraños genéticos". Se ha criticado también la decisión del tribunal en este punto porque, aunque no son gemelos genéticos en sentido estricto, pueden considerarse gemelos porque crecieron juntos en el mismo útero, compartiendo la misma sangre para alimentarse e idéntico oxígeno<sup>41</sup>.

### III. SEGUNDA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN EXCLUSIVAMENTE CON MATERIAL GENÉTICO DEL VARÓN DEMANDANTE. ANÁLISIS DE ROBERT B. V. SUSAN B<sup>42</sup>.

#### I. Hechos del caso.

Una mujer soltera (Susan B.) intenta durante mucho tiempo, sin éxito, concebir un hijo a través de la fecundación in vitro usando sus propios óvulos y el esperma de su entonces novio. Tras el paso del tiempo decide llevar a cabo un intento final, pero esta vez utilizando sólo esperma y óvulos, en ambos casos, de donantes. En este último intento se crean un gran número de embriones de alta calidad. Pero se le transfiere, en junio de 2000, por error, un embrión constituido con óvulo de donante y esperma de un hombre (Robert B.), que también acude a la clínica para un tratamiento de fecundación in vitro con su cónyuge (Denise B.). De tal embrión nace un niño, Daniel, al comienzo de 2001. A su vez, como resultado del tratamiento ocurrido en el mismo día y en la misma práctica, Denise B. se queda embarazada y nace después una niña.

Cuando Daniel tiene diez meses de vida, un inspector del California State Medical Board contacta con Susan, quien a su vez llama a su médico de la clínica de reproducción asistida, que le revela el error cometido. El centro de fertilidad había conocido el error minutos después de que lo hubiera hecho, pero decide no decir nada ni a Susan ni a la pareja luego demandante hasta que se ven forzados a hacerlo cuando un ex empleado notifica dicho error al State Medical Board y se inicia la investigación.

En la visita a su casa el médico de la clínica le habla a Susan de Robert y de su esposa y aquella está de acuerdo en la sugerencia que le hace el profesional de darles su nombre a la pareja. Ella les invita a su casa y traen a la hija que habían tenido como resultado del tratamiento ocurrido el mismo día y en la misma práctica. La pareja parece ver a Daniel como su hijo, un gemelo genético de la

41 BENDER, L.: "Genes, parents", cit., pp. 42-43.

42 135 Cal. Rptr. 2d 785 (2003)

niña nacida. Ellos pretenden la custodia de Daniel e insisten a Susan para que se lo entregue de forma inmediata. Susan se niega. Dos semanas más tarde el padre genético interpone demanda solicitando la paternidad del menor y la atribución plena de la guarda, requiriendo del tribunal una orden inmediata para la práctica de un test genético. A su vez su esposa Denise ejerce una acción de reclamación de la maternidad de Daniel.

El Trial Court ordena la práctica de la prueba de test genético, que demuestra que Robert es el padre genético de Daniel y que la hija de Denise y Robert es hermana de un solo vínculo de Daniel. Tal tribunal declara padre legal a Robert (criterio, pues, de preferencia del vínculo genético), al que concede un derecho de visita, en virtud del artículo 7613 (b) del California Family Code y madre legal a Susan, en cuanto da a luz. A la vez afirma que la esposa (Denise) carece de legitimación activa, en la medida en que no ha aportado material genético para la constitución del embrión y en la medida en que no ha sido la mujer que ha dado a luz. Susan apela la declaración de paternidad legal de Robert y Denise apela, a su vez, la desestimación de su petición de maternidad.

En 2003 el Sixth District of the California Court of Appeal confirma la sentencia del tribunal inferior, entendiendo que Robert B. no puede ser considerado “donante” y, por tanto, no puede ser privado de derechos sobre el niño, en cuanto él no ha donado su esperma para inseminar a otra mujer distinta de la suya. Concluye, además, el tribunal que Denise no tiene ningún tipo de relación con Daniel, ni desde el punto de vista genético ni gestacional, y que ella no puede ostentar legitimación para interponer la acción de reclamación de maternidad al amparo del artículo 7650 del California Family Code. Susan solicita la revisión de la sentencia, pero el Tribunal Supremo de California deniega su revisión en el verano de 2003.

Por tanto, aquí se acoge una solución mixta, por una parte, prevalece el criterio genético en favor del varón; por otra parte, se aplica la regla clásica o tradicional de que madre legal es la que da a luz.

## 2. Análisis crítico de la decisión judicial.

Como ya se ha apuntado antes, no hay inconveniente legal alguno en que Robert pueda reclamar la paternidad en cuanto que él no es un donante. El da su consentimiento para que se constituya un embrión con su esperma y para que éste sea implantado en su mujer, no en otra mujer distinta. Aunque es cierto que se ha mantenido, en contra del reconocimiento de su paternidad, que el hecho de que haya una manifestación expresa por parte del hombre para que el propio material genético sólo pueda utilizarse para fines reproductivos con su mujer

excluye que el uso de su material genético en otra mujer sirva para determinar su paternidad respecto al menor fruto de tales técnicas<sup>43</sup>.

Determinadas críticas cabe sostener frente a esta decisión. La primera, que a mi juicio es común para todos estos casos de implantación errónea de embriones, es que las normativas tradicionales no contemplan este tipo de hipótesis y por ello no puede, tal y como es usual en los tribunales que resuelven estos conflictos, aplicarse de forma mecánica normativas o regulaciones jurídicas que no están en absoluto pensadas para estos casos. Así, en concreto y respecto a esta sentencia analizada, se ha objetado la aplicación mecánica y literal que el tribunal lleva a cabo de normas aisladas del Código de Familia de California, código que fue adoptado para regular un tiempo y una realidad diferentes. Esta aplicación, rígida y estrecha, cierra los ojos a un análisis de los hechos del caso y a una política jurídica congruente con ellos. Así, los diferentes tribunales del caso aplican la section 7630 (c) del Código de Familia de California como fundamento de la admisión de la acción de reclamación de paternidad, y la section 7551 de dicho código, que autoriza a hacer un test genético a quien solicita tal acción. Pero lo cierto es que para la aplicación de tales preceptos siempre se había exigido, como condición esencial y previa, la existencia de algún tipo de relación consensual –matrimonio, cohabitación o mero contacto sexual- entre la madre del niño y el sujeto que pretende ser declarado padre legal, condición que desde luego no se da en este caso<sup>44</sup>.

La segunda crítica es que los tribunales se centran únicamente en determinar si existe vínculo genético entre Daniel y el demandante y, una vez establecido que sí lo hay, analizan la determinación de la paternidad como una rutina, sin estudiar otros muchos factores que aquí están en juego y que seguramente hubieran minimizado la importancia del vínculo genético. El primero de ellos es el descubrimiento del error por los afectados bastante tiempo después del nacimiento del niño. Se ha llegado a mantener que debido al tiempo pasado antes del descubrimiento del error, la mejor solución para este caso hubiera sido que se impidiera a Robert la determinación de la paternidad sobre Daniel<sup>45</sup>. Otra crítica de diferente signo apuntada por la doctrina es que los tribunales parecen haber olvidado en este caso la intención actual del legislador de proteger a las mujeres solas en su intento de crear una unidad familiar<sup>46</sup>.

43 En este sentido Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni", cit., p. 7.

44 Así Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit., pp. 94-100 y 127-128.

45 Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit., p. 127. Señala también que la atribución al padre genético de la custodia del menor es dañina tanto para la madre gestante como para el niño Deutsch, J.: "Finders-Keepers: A Bright-Line Rule Awarding Custody to Gestational Mothers in Cases of Fertility Clinic Error", *Cardozo Journal Law & Gender*, 2005-2006, núm. 12, p. 377.

46 Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit., pp. 122-123.

Pero quizás, a mi juicio, una de las objeciones de mayor peso hecha a la sentencia es que los tribunales no han tenido en cuenta las consecuencias que podría traer en el caso concreto la atribución a Robert de un papel permanente en la vida de Daniel. Es decir, con tal decisión se ha impuesto una relación familiar duradera entre totales extraños, y se ha generado con ello una alta probabilidad de que surja un conflicto continuado en la vida del menor (Daniel) durante 18 años<sup>47</sup>.

Pudiera pensarse que en la decisión judicial de “repartir” de este modo la paternidad y la maternidad en dos núcleos familiares diferentes ha pesado la idea de que, para el interés superior del menor, es más adecuado atribuir la filiación a dos progenitores en vez de a uno, aunque sea desde el punto de vista de un más seguro sostenimiento económico del hijo. Quizás pueda subyacer en la decisión judicial la idea de que la viabilidad económica es el mayor problema para las madres que crían a sus hijos solas. Sin embargo, se ha mantenido que hay mucha diferencia desde el punto de vista económico entre las mujeres solas que acuden al uso de las técnicas de reproducción asistida y las familias monoparentales surgidas, por ejemplo, de un divorcio. Porque, al menos en EEUU, las técnicas de reproducción asistida tienen un elevado coste económico y por ello hay razones para pensar que las mujeres solas que acceden a las mismas son probablemente menos marginales desde el punto de vista económico que otros tipos de familias monoparentales. De hecho, para Susan B. el dinero no fue nunca un problema hasta que le es impuesto un progenitor a su hijo por parte de los tribunales. Susan era propietaria de una vivienda y tenía un trabajo estable y bien pagado hasta que la continuada litigación contra Robert la fuerza a dejar su trabajo por falta de tiempo y a tener que hipotecar su casa para pagar los costes del pleito<sup>48</sup>.

También podría explicar la decisión del tribunal en favor del padre genético que él y su mujer tengan, al mismo tiempo del nacimiento de Daniel, otra hija, hermana de vínculo sencillo. Es decir, pudiera estar detrás de la decisión del tribunal que, en virtud del interés superior del menor, es conveniente que los dos hermanos tengan contacto entre ellos, posibilitando una relación familiar. Pero, como ha podido analizarse antes, en el caso *Perry-Rogers v. Fasano* no se tiene en cuenta en absoluto tal circunstancia.

47 En este sentido SHULTZ, M.: “Taking Account of ARTs”, cit., pp. 102, 115, 122 y 124.

48 SHULTZ, M.: “Taking Account of ARTs”, cit. pp. 111 y 84 nota de pie de página 22. Curiosamente este autor fue uno de los consejeros legales de Susan en el pleito. Véase también DEUTSCH, J.: “Finders-Keepers”, cit., p. 376.

#### IV. TERCERA HIPÓTESIS. CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN CON MATERIAL GENÉTICO DE LA MADRE GESTANTE Y CON ESPERMA DE PERSONA DISTINTA A SU CÓNYUGE/PAREJA. ANÁLISIS DE LEEDS TEACHING HOSPITAL NHS TRUST V. A<sup>49</sup>.

##### I. Hechos del caso.

Dos esposos consienten la transferencia de embriones a la mujer constituidos con material genético de ambos. Sin embargo, los óvulos de la esposa son mezclados con esperma de un hombre de raza negra que iba a someterse, a la vez, a un procedimiento similar con su cónyuge. La mujer del primer matrimonio queda embarazada, por error, de dos mellizos mestizos. El descubrimiento del error se produce en el mismo momento del nacimiento. Posteriores test médicos prueban que la madre gestante es también la madre genética de los niños, pero que el padre genético era el hombre de raza negra.

En el momento del pronunciamiento de esta sentencia está en vigor en Inglaterra la Human Fertilisation and Embriology Act 1990 (HFEA). Sobre la maternidad de la mujer que da a luz no hay el menor problema para el tribunal, ya que la Section 27 (1) HFEA 1990 afirma que la mujer que está llevando o que ha llevado en el útero un niño como resultado de la implantación en ella de un embrión o de esperma y óvulos, será considerada como madre del niño<sup>50</sup>.

Por su parte, la section 28 (2) HFEA 1990 regula uno de los supuestos en que excepcionalmente el varón, que no ha aportado su semen, puede ser considerado padre legal del niño. Así, el marido de la madre que da a luz como resultado de una fecundación artificial con donante se presume padre del niño a menos que acredite que no dio su consentimiento para la fecundación o para la implantación del embrión, es decir, al tratamiento de su esposa.

La High Court afirma aquí, sin embargo, que no puede aplicarse dicha section 28 (2) HFEA 1990 para afirmar la paternidad legal del marido de la madre que da a luz porque no se dan las condiciones para que entre en juego el precepto. En concreto, se mantiene que el varón no consiente el tratamiento de su esposa con el esperma de otro hombre. En parecidos términos se expresa la actual section 35 Human Fertilisation and Embriology Act 200.

49 [2003] EWHC 259 (QB) [2003] 1 FLR 1091.

50 Señalan LOWE, N./DOUGLAS, G.: *Bromley's Family Law*, 11 th edition, Oxford University Press, 2015, p. 246, que no hay la menor duda de que es madre legal aquella en que hay coincidencia entre la mujer que da a luz y la mujer que es madre biológica. La dificultad surge, como afirman estos autores, cuando la madre que da a luz no es la madre biológica del niño, sino que se limita a ser la madre gestante como resultado de una donación de óvulo o de embrión. Por consiguiente, en este caso concreto no se plantea ningún problema en cuanto al reconocimiento de la madre legal. La section 33 (1) de la vigente *Human Fertilisation and Embriology Act 2008* se pronuncia en el mismo sentido de la section 27 (1) HFEA 1990 (<http://www.legislation.gov.uk>).



Ahora bien, frente al hombre de raza negra cuyo esperma se utiliza, no cabe alegar la s. 28 (6) HFEA 1990, ya que no ha dado su consentimiento como donante de esperma: él da su consentimiento para que su esperma insemine los óvulos de su propia mujer. En concreto, no puede aplicarse la consecuencia derivada de tal precepto, que es precisamente la de que el donante de esperma no puede considerarse como padre legal del niño. Por tanto, el tribunal inglés concluye que nada puede impedir que se determine la filiación respecto de él<sup>51</sup>.

En consideración a los anteriores argumentos, el tribunal estima padre legal al padre genético, pero sólo a los efectos de atribuirle relación parental meramente formal o de garantizarle un derecho de visita. Pero, a la vez, estima que el marido de la madre debe formar una relación permanente con los menores que ya había tratado como hijos. Por consiguiente, el tribunal se abstiene de decidir sobre la cuestión central, limitándose a reconocer algunos derechos al marido de la madre biológica y algunos derechos al involuntario padre biológico<sup>52</sup>.

## 2. Análisis crítico de la sentencia.

Qué sentido tiene en esta sentencia un mero reconocimiento formal de la paternidad al padre genético más allá de su indudable coherencia con el principio de la verdad biológica. ¿Sólo para que éste cumpla con ciertos deberes, como el pago de alimentos? Probablemente en este caso concreto sea contrario al interés superior del menor que este deba que mantener contacto permanente con dos progenitores, uno a título formal y otro a título efectivo, cuando seguramente, el marido de la madre estuviera dispuesto en todo momento a asumir este tipo de deberes inherentes a la relación paterno-filial.

Sólo se explica tal decisión por una interpretación muy estrecha de las reglas de la normativa inglesa sobre técnicas de reproducción asistida, en concreto, de la section 28 HFEA 1990<sup>53</sup>. La propia doctrina inglesa ha sido bastante crítica con tal sentencia, preguntándose si en el futuro, en casos de similares circunstancias,

---

51 Explica STEINER, E.: "The tensions between Legal, Biological and Social conceptions of Parenthood in English Law", *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)*, December 2006, vol. 10.3, p. 8 (<http://www.ejcl.org/103/article103-14.pdf>), que hay una línea de sentencias inglesas, que van desde los años 90 hasta el momento actual, que privilegia a los progenitores biológicos sobre los guardadores de hecho de los menores (como abuelos, por ejemplo), con consecuencias, a su juicio, desafortunadas para el menor.

52 Pero, a mi juicio, la conclusión fáctica a la que llega el tribunal inglés de señalar, al fin y al cabo, "dos padres" para el niño es extraña a la tendencia común de la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Señala HERRERA, M.: "Comentario al artículo 558.3 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro Segundo (dir. por M. HERRERA/G., CAMELO/S. PICASSO), Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 283 ([www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)), que el artículo 558.3 del Código Civil y Comercial de Argentina, que limita a dos la cantidad de vínculos filiales que una persona puede ostentar, sigue la línea legislativa de la mayoría de los países.

53 Así se pronuncia 5. Señalan en el mismo sentido LOWE, N./DOUGLAS, G.: *Bromley's Family Law* cit., p. 249, que ésta es una decisión judicial dura y que seguramente no coincide con la finalidad perseguida por el Parlamento cuando promulga tal precepto legal.

los tribunales siempre van a atribuir un significado tan grande al vínculo biológico entre el padre y el hijo<sup>54</sup>.

Probablemente aquí se ha buscado llevar a cabo una “acrobacia legal”: por una parte, la salvaguarda de la primacía de la familia nuclear como el lugar privilegiado para la crianza de los niños y, por otra parte, la importancia del derecho de los niños y su necesidad de conocer a su padre biológico, con el fin de que los menores no sufrieran ningún trauma psicológico al ser de raza mixta<sup>55</sup>. Pero no ha de olvidarse que en Reino Unido en el momento actual (no cuando se dicta la sentencia aquí analizada) existe ya un reconocimiento legal del derecho del niño a conocer sus orígenes, que no conduce necesariamente a un vínculo filial. Con la reforma introducida por los Statutory Instruments 2004 n. 1511 –The Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information), el legislador anglosajón permite a los concebidos a partir de abril de 2005 solicitar información sobre la identidad de los donantes de esperma, óvulos o embriones, siempre y cuando el nacido tenga 18 años<sup>56</sup>.

También se ha señalado que esta forma de resolución de conflictos semejantes al de la sentencia analizada, esto es, la atribución de la paternidad al padre genético y la maternidad a la gestante podrían inducir a la madre gestante a interrumpir el embarazo (en caso, claro, de que el error se conozca antes del nacimiento), debido a la dificultad de criar al hijo en sintonía con el padre genético, reconocido como padre legal, y con las posibles tensiones con su marido o pareja, el cual no vería reconocido ningún tipo de potestad sobre el niño que ha dado a luz su cónyuge o pareja<sup>57</sup>.

54 Consúltense STEINER, E.: “The tensions”, cit., p. 5. Vid también sobre ello MACKENZIE, R.: “Beyond genetic and gestational dualities. Surrogacy agreements, legal parenthood and choice in family formation”, en AA.VV. *Human Fertilisation and Embriology: Reproducing Regulation* (ed. por HORSEY/BIGGS), London-New York, Routledge-Cavendish, 2007, pp. 167-170, 185-186 y 199.

55 En este sentido C. GILLARD, M.A.: “Law and Morality in Assisted Reproductive Technology Case study on the Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. Mr & Mrs & Others”, *The Journal of Philosophy, Science & Law*, 2004, núm.4, pp. 2, 4 y 17 (<http://jpsl.org/archives/law-and-morality-assisted-reproductive-technology-case-study-leeds-teaching-hospitals-nhs-trust-v-mr-mrs-others>).

56 Sobre la cuestión FARNÓS AMORÓS, E.: “La Regulación de la Reproducción Asistida: Problemas, propuestas y retos”, *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 109-110.

57 En este sentido se pronuncia el Comitato Nazionale per la Bioetica, a propósito del caso del intercambio erróneo de embriones en el Hospital de Roma, analizado como primera hipótesis de este trabajo (cit.p. 9).

## BIBLIOGRAFÍA.

BENDER, L.: "Genes, parents and Assisted Reproductive Technologies: Mistakes, Sex, Race & Law", *Columbia Journal of Gender & Law*, 2003, núm. 12, pp. 1-97.

BIANCA, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, enero-marzo, núm. 1, pp. 186-203.

CAREDDA, V.: "Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità", *Giustizia Civile*, 23.9.2014, pp. 1-7 ([www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com))

CIAN, G./TRABUCCHI, A.: "Commentario al art. 231 del Codice Civile", *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, 2020, p. 308.

CIRAULO, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *Jus Civile*, 2014, n° 12, pp. 485-508 ([www.juscivile.it](http://www.juscivile.it))

DEUTSCH, J.: "Finders-Keepers: A Bright-Line Rule Awarding Custody to Gestational Mothers in Cases of Fertility Clinic Error", *Cardozo Journal Law & Gender*, 2005-2006, núm. 12, pp. 367-389.

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

FARNÓS AMORÓS, E.: "La Regulación de la Reproducción Asistida: Problemas, propuestas y retos", *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 99-139.

C. GILLÁRD, M.A.: "Law and Morality in Assisted Reproductive Technology Case study on the *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. Mr & Mrs & Others*", *The Journal of Philosophy, Science & Law*, 2004, núm. 4, pp. 1-22 (<http://jpsl.org/archives/law-and-morality-assisted-reproductive-technology-case-study-leeds-teaching-hospitals-nhs-trust-v-mr-mrs-others>)

HERRERA, M.: "Comentario al artículo 558.3 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro Segundo, Arts. 401-723 (dir. por M. HERRERA/G. CAMELO/S. PICASSO), Infojus, 2015, pp. 280-283 ([www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)).

HERRERA, M.: "Comentario al artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro

Segundo, Arts. 401-723, (dir. por M. HERRERA/G. CARAMELO/S. PICASSO) Infojus, 2015, pp. 290-291 ([www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)).

KATZ, K.: "Snowflake Adoptions and Orphan Embryos: The Legal Implications of Embryo Donation", *Wisconsin Women's Law Journal*, 2003, núm. 18, pp. 179-231.

LOWE, N./DOUGLAS, G.: *Bromley's Family Law*, 11 th edition, Oxford University Press, 2015.

MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10 (editado por A.M. MORALES y J.M. MIQUEL GONZÁLEZ), Madrid, 2007, p. 84.

MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MENDOLA, A.: "Favor minoris e presidio del dato biologico", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, núm. 2, pp. 551-568.

NANCLARES VALLE, J.: "La filiación en caso de gestación heteróloga por error", *Actualidad Civil*, 2015 julio-agosto, núm. 7, pp. 1-17 (LA LEY 4947/2015) ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

NOVELLA BUGUETTI, M.: "Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità", *Famiglia e Diritto*, 2014, n° 10, pp. 933-942.

OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fascículo 2º, pp. 99-112.

PODDIGUE, E.: "Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosé, Pilato e Giuseppe", *Giustizia Civile*, 1.12.2014, pp. 1-16 ([www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)).

R. RANDALL, V.: "Race and Advanced Reproductive Technology Mistakes", pp. 1-11 (<http://academic.udayton.edu/health/05bioethics/reproduce09.htm>) (fecha de consulta: 20/06/2021)

SCALERA, A., "Mater Semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, pp. 1115-1121.

SHULTZ, M.M.: "Taking Account of ARTs in Determining Parenthood: A Troubling Dispute in California", *Washington University Journal of Law & Policy*, 2005, núm. 19, pp. 77-128.

STEINER, E.: "The tensions between Legal, Biological and Social conceptions of Parenthood in English Law", *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)*, December 2006, vol. 10.3, pp. 1-14 (<http://www.ejcl.org/103/article103-14.pdf>).

