

---

## IMPLANTACIÓN ERRÓNEA DE EMBRIONES\*

*Alma M. RODRÍGUEZ GUITIÁN\*\**

---

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 20 de noviembre de 2016

### 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

---

\* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Cooperación Interuniversitaria UAM-SANTANDER con América Latina, “Presente y futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos, sociales y éticos”, CEAL-AL/2015-02, cuya investigadora principal es Pilar Benavente Moreda.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es.

## WRONG EMBRYO IMPLANTATION

### 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.

### Keywords

Assisted reproductive technologies – determination of parenthood – biological and social parenthood – best interest of the child

### I. Planteamiento de la cuestión

Las técnicas de reproducción asistida llevan consigo un cierto e ineludible margen de riesgo. Por ello las hipótesis de error por parte del centro médico y del personal dependiente del mismo que pueden originarse en la práctica de estas técnicas presentan problemas que el derecho está llamado a resolver. El objeto del presente trabajo es el examen de una de estas hipótesis: 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 ésta.

Los casos de implantación errónea de embriones abren, al menos, dos tipos de problemas jurídicos: una 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. En este trabajo me voy a ocupar únicamente, por razones evidentes de espacio, de la segunda cuestión, aunque realmente los interrogantes que plantea la responsabilidad, que sin duda existe en este tipo de casos, son muy interesantes y merecerían un profundo estudio.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sumamente sugerente es la demanda de responsabilidad civil por *wrongful birth* planteada por una mujer lesbiana, *Jennifer L. Cramblett*, contra el *Midwest Sperm Bank, LLC*, ante el Tribunal del condado de

Sin duda hay mucho de tragedia en la elección de quién debe ser finalmente padre o madre del niño nacido fruto de tales técnicas en estos casos de implantación errónea. Por una parte, es comprensible el interés del o de los progenitores, ya sean 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, parece predominar la importancia del elemento genético (FARNÓS, 2011).<sup>2</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

---

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 Banco de Semen 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 citado 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 éste considera que la demandante podría volver a dirigirse contra el demandado ejercitando una acción de negligencia. Consúltese 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 reclamados 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, la cual siempre se ha mostrado insensible con el lesbianismo de la demandante. En relación, pues, con daños que aparecen ligados a hechos posteriores al nacimiento del niño, como son los reclamados por la demandante, hay serias dudas respecto de su imputación objetiva al profesional demandado (MACÍ, 2007 y 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 la interposición de la demanda por esta segunda vía, es decir, alegando los daños que le había provocado la ruptura de la garantía a la que se había comprometido el fabricante del producto. Aquí el objeto de la obligación del banco de esperma era la venta de semen de un determinado donante y, en cambio, entrega un esperma de donante distinto.

<sup>2</sup> 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, 2015).

por los progenitores cuyos embriones han sido erróneamente implantados en mujeres que no han tenido la voluntad de gestarlos (KATZ, 2003).

Pero, a la vez, qué duda cabe de que detrás de esta problemática también subyace una cuestión profundamente actual: la tensión entre las concepciones biológicas/genéticas y sociales de la paternidad. ¿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?

A mi juicio no debe adoptarse una solución categórica y uniforme (es decir, prevalencia del elemento genético/biológico o 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 las leyes reguladoras de la reproducción asistida, en cuanto este tipo de conflictos no se contemplan de forma explícita en ninguno de estos textos normativos.<sup>3</sup> Por otra parte, tales 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 niño. Por tanto, no se trata de solucionar los conflictos en cuestión 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. Aquí debe garantizarse ante todo la necesidad de los nacidos en estas situaciones de tener una referencia parental y la inmersión en un núcleo familiar.

Por tanto, hay que plantearse cuál es 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

---

<sup>3</sup> 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”, consultado en [[http://www.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni\\_scambio\\_involontario.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni_scambio_involontario.pdf)] el 01/09/2016. El documento es redactado por LORENZO D’AVACK ante un conflicto de intercambio erróneo de embriones entre dos parejas acontecido en un Hospital de Roma, que se analiza más tarde en este trabajo. Dicho Comité prefiere 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 de este tipo de hipótesis y en el sufrimiento humano que ellas llevan consigo. 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 afectados (por ejemplo, a través de la fórmula jurídica de un derecho de visita, pero apela también a un posible acuerdo espontáneo de las parejas).

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 niño 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 niño 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 aquélla no necesariamente 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 niño se atribuya en exclusiva a una sola de las parejas implicadas, sino que en ocasiones es “dividida” 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, problemas de cierto peso para el equilibrio psíquico y emocional del niño, sobre todo teniendo en cuenta que este tipo de soluciones o fórmulas pueden incrementar los conflictos iniciales ya existentes entre demandantes y demandados (BIANCA, 2015; NOVELLA, 2014; NANCLARES 2015).

Por consiguiente, parece lo más adecuado, desde el punto de vista metodológico 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 de distintos países.

## **II. Primera hipótesis: Constitución del embrión con el material genético de los miembros del matrimonio o de la pareja demandante. Análisis de la *ordinanza del Tribunal de Roma 08/08/2014* y de *Perry-Rogers v. Fasano***

### **II.A. Hechos del caso de la *ordinanza del Tribunal de Roma 08/08/2014*<sup>4</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. Parece que la causa del error radica en que las

---

<sup>4</sup> Consultado en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 12, 2014, pp. 1110-1115.

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 el de su marido.

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

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, en caso de que a los padres gestantes se les reconociese finalmente como padres legales. También solicitan que sea elevada una cuestión de legitimidad constitucional de varios preceptos del Código Civil italiano (CC), en concreto, del artículo 269.3º en la parte en que prevé que la madre legal es la que da a luz, del artículo 239 párrafo 1º en la medida en que restringe la posibilidad de reclamar la filiación sólo en los casos de suposición de parto o de sustracción del nacido, del artículo 243 bis 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 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 la remoción del 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 de la filiación en el artículo 239 (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 artículo 243 bis 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 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 (alaba CAREDDA 2014, esta decisión judicial en la medida en que se recurre a una profunda argumentación jurídica para resolver el caso cuando la lógica del procedimiento de urgencia interpuesto hubiera justificado perfectamente no entrar en el fondo del asunto). En concreto, mantiene que la aplicación de estos principios se hace en consideración al interés superior del niño (particularmente, 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. 269.3º CC), 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>5</sup> El segundo principio es el de la presunción de paternidad del marido (artículo 231 CC), también vigente tras la citada reforma italiana, extendiéndose al ámbito de la reproducción asistida al suprimirse la referencia al niño concebido durante el matrimonio, haciéndose ahora referencia exclusiva al hijo nacido en el matrimonio. Por consiguiente, se presume padre legal al marido de la madre gestante.

Por último, el Tribunal aplica los artículos 6 y 9 de la ley de 19 febbraio 2004 n.º 40 sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*,<sup>6</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 al donante de material genético. El Tribunal, aunque afirmando que el caso no es adscribible a la hipótesis de la fecundación heteróloga, 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>7</sup> Asimismo el padre genético, en presencia

---

<sup>5</sup> BIANCA (2015) ve de forma favorable la aplicación de tal principio a este caso. 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.

<sup>6</sup> 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 en su sentencia de 9 de abril de 2014.

<sup>7</sup> BIANCA (2015) 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

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 del hijo está reservada en el artículo 243 bis del Código Civil, tal y como se ha apuntado, al marido, a la madre y al hijo mismo.

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

### II.A.1. Pronunciamientos posteriores

A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “X C. Y c/ l’Italia”, 16/09/2014.

Tal pronunciamiento ha declarado inadmisibile el recurso presentado por los padres genéticos basado en la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar).<sup>8</sup> Razona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o 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. Es decir, parece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala el remedio de la responsabilidad como el adecuado en este tipo de supuestos.

La solución adoptada por la *ordinanza* 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 otra parte, consideran 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 a mi juicio puede afirmarse, sin

---

tutela del preferente interés del menor a la estabilidad del status familiar. Por el contrario, SCALERA (2014) 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.

<sup>8</sup> Consultado en [<http://www.ahoraitalia.com/corte-europea-rechaza-intercambio-de-embriones>] el 01/09/2016.

ninguna duda, que los progenitores genéticos demandantes no son los únicos que sufren un daño a causa del error cometido por el centro médico. También los progenitores legales (la madre gestante y su marido) sufren, a causa 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 su derecho a la propia identidad genética (NOVELLA, 2014).

B) Sentencia del Tribunal de Roma de 22/04/2015.

Con posterioridad hay otro pronunciamiento del Tribunal de Roma, *prima sezione*, ante el nuevo recurso planteado por el progenitor genético, que solicita que el juez eleve una cuestión de constitucionalidad del artículo 243 bis CC, 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 *ordinanza* anterior. En este nuevo pronunciamiento la justicia afirma 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 CC terminaría probablemente con una sanción 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 ligámenes sociales ha sido afirmada por numerosos pronunciamientos nacionales y supranacionales. En concreto, el Tribunal de Roma hace referencia a la sentencia del TEDH del 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 sólo en caso de inmediato peligro para el menor. Y subraya la conveniencia de aplicar las mismas reflexiones al caso que está analizando, respecto al erróneo intercambio de embriones. Finaliza explicando que, dada las circunstancias del supuesto presente, no es razonablemente previsible ni humanamente exigible además que ambas parejas afectadas, demandante y demandada, mantengan en el tiempo una actitud de neutralidad y de serena colaboración entre ellas.

### **II.A.2. Inadecuación de la normativa del Código Civil y de la normativa de reproducción asistida para la resolución del caso**

La doctrina italiana (PODDIGHE, 2014) 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 y a que tales hipótesis originan situaciones que el legislador, tanto en el CC como en la Ley de Reproducción Asistida, no ha previsto. Se abriría además un doble interrogante: si las reglas tradicionales del CC 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 tal materia dadas las consecuencias a las que pudiera llegarse. Una de las normas básicas sobre las que resuelve el caso la *ordinanza* de Roma es la que considera madre legal a aquella que da a luz. Pero realmente esta norma, cuando se incluye en el CC italiano y en otros de su época, únicamente está pensando en que la madre genética y la gestante son la misma persona.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Califica CIRAOLLO (2014), 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 (2005) el problema de la determinación de la paternidad/maternidad en los casos de implantación errónea de embriones. Él mantenía que en principio no debe aplicarse a estos casos el artículo 269 CC, que establece

A mi juicio es criticable que la sentencia mezcle varios planos y textos legislativos. Aplica, por una parte, normas del CC 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.

Efectivamente, 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 (BIANCA, 2015).

Este caso no se trata 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. 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 (PODDIGHE, 2014) y, por otra, no hay consentimiento del matrimonio demandante a la donación del embrión creado con su propio material genético para su implantación en otra mujer (MENDOLA, 2015). Por tanto, nada impediría que los progenitores genéticos puedan reclamar su paternidad/maternidad ya que no se aplicaría el artículo 9 de la *Legge* sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* 2004, según el cual el donante no asume ninguna relación de paternidad con el nacido (BIANCA, 2015).

En contra se pronuncia NOVELLA (2014), 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

---

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.

nacidos. Por el contrario, debería ser estimado padre legal el marido o compañero de la madre que da a luz.

Tampoco podemos considerar esta hipótesis como 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 (BIANCA, 2015). Si esta situación se produce *de facto* es sencillamente porque hay un error de la clínica.

### II.A.3. *Análisis crítico de la solución dada por el Tribunal de Roma*

La *ordinanza* 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 particular 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. 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 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.

No obstante, la *ordinanza* 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 de 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 aquellos existen realmente. Pero aquí, ¿no puede dudarse de tal existencia y solidez de los mismos dadas las circunstancias del caso?

Se ha mantenido que la afirmación anterior de la *ordinanza* 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 *ordinanza*, a los pocos días del nacimiento (SCALERA, 2015).

La *ordinanza* 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. En todo caso, tal vínculo, que sí está presente desde luego en el CC 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 PÖDDIGHE (2014) si la solución de la *ordinanza* 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 la autora, el juez no habría tenido problema en entender que el interés superior de los niños pasa por la solución opuesta a la acogida finalmente en este caso.

## II.B. *Perry-Rogers v. Fasano*, 26/10/2000<sup>10</sup>

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

### II.B.1. *Hechos del caso*<sup>11</sup>

En abril de 1998 los demandantes, una 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

---

<sup>10</sup> 276 A.D.2 d 67, 715 N.Y.S. 2 d 19 (N.Y. App. Div. 1<sup>st</sup> Dept. 2000).

<sup>11</sup> Consultados en [<http://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1366796.html>] el 01/09/2016.

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 testimonia 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 judicial de su paternidad sobre el niño, buscando la custodia exclusiva del menor, sin mencionar el acuerdo suscrito 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 alegado por los Rogers en su recurso: el principio *estoppel*. El tribunal otorga 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. 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>12</sup>

### II.B.2. 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 debe ser 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 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 entre las familias.

¿Ha servido en la presente decisión el factor de la raza como un claro criterio de determinación de la paternidad a favor de los padres genéticos? RANDALL (2002) 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 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 (BENDER, 2003) 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, 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. 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.

---

<sup>12</sup> Muy crítico BENDER (2003). 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.

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 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, con cierta lógica, porque, aunque no son gemelos genéticos en sentido estricto, pueden considerarse gemelos porque crecieron juntos en el mismo útero, compartiendo la misma sangre e idéntico oxígeno (BENDER, 2003).

### III. Segunda hipótesis: constitución de embrión exclusivamente con material genético del varón demandante. Análisis de *Robert B. v. Susan B* (2003).<sup>13</sup>

#### III.A. 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*, en 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

---

<sup>13</sup> 135 Cal. Rptr. 2d 785 (2003).

después de que fuera cometido, 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 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 ejercita 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 que no ha sido la mujer que ha dado a luz. Susan apela la declaración de paternidad legal de Robert y Denise recurre, 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 la deniega 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, en favor de Susan, la regla clásica o tradicional de que madre legal es la que da a luz.

### III.B. *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. Él 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, como argumento 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 (PODDIGHE, 2014).

Determinadas críticas se han sostenido frente a esta decisión. La primera, que a mi juicio debe ser 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 *sección 7630 (c)* del Código de Familia de California como fundamento de la admisión de la acción de reclamación de paternidad, y la *sección 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 (SHULTZ, 2005).

La segunda crítica es que los tribunales se limitan a 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, obviando estudiar otros 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* (SHULTZ, 2005 y DEUTSCH, 2005-2006). Otra crítica de diferente signo apuntada por la doctrina norteamericana 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 (SHULTZ, 2005).

Pero quizás 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 (SHULTZ, 2005).

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 un gran 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 Estados Unidos, las técnicas de reproducción asistida tienen un elevado costo 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 remunerado 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 (SHULTZ, 2005 y DEUTSCH, 2005-2006).

Es cierto que 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 la conveniencia, en virtud del interés superior del menor, de 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.

#### **IV. Tercera hipótesis: constitución de embrión con material genético de la madre gestante y con espermatozoides de persona distinta a su cónyuge/pareja. Análisis de Leeds Teaching Hospital NHS Trust v. A (2003)<sup>14</sup>**

---

<sup>14</sup> [2003] EWHC 259 (QB) [2003] 1 FLR 1091.

#### IV.A. Hechos del caso

Dos esposos consienten la transferencia de embriones 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 es 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>15</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 2008*.

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 únicamente para que su esperma insemine los óvulos de su propia mujer.

---

<sup>15</sup> Señalan LOWE y DOUGLAS (2015), 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.

En concreto, no puede aplicarse la consecuencia derivada de aquel 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 (explica STEINER [2006], 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).

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 afirma que el marido de la madre debe formar una relación permanente con los menores al haberlos tratado ya 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>16</sup>

#### IV.B. *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 niño que éste deba 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* (STEINER, 2006; LOWE y DOUGLAS, 2015). La propia doctrina inglesa ha sido bastante crítica con tal sentencia, preguntándose si en el futuro, en casos de similares circunstancias, los tribunales siempre van a atribuir un significado tan grande al vínculo biológico entre el padre y el hijo (STEINER, 2006).

---

<sup>16</sup> 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 (2015), 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.

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 (GILL ÁRD, 2004). 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 (FARNÓS, 2014).

## V. Conclusión final

El análisis de los anteriores casos revela la variedad y complejidad de las hipótesis de implantación errónea de embriones. De ahí que para su resolución no deba adoptarse una solución categórica y uniforme: esto es, prevalencia del elemento biológico o prevalencia de la concepción social de la paternidad.

Como propuesta de *lege ferenda*, a mi juicio debería introducirse en la normativa reguladora de las técnicas de reproducción asistida un precepto que restrinja la discrecionalidad del juez para su solución, con enumeración de una serie de factores que éste haya de tener en cuenta para discernir cuál es la solución más idónea para la consecución del bienestar del menor (tales como la fecha de la notificación del error, la existencia de hermanos o la constitución del embrión con material genético de una misma pareja).

## Bibliografía

BENDER, L. (2003) “Genes, parents and Assisted Reproductive Technologies: Mistakes, Sex, Race & Law”, *Columbia Journal of Gender & Law*, N° 12, pp. 1-97.

BIANCA, M. (2015) “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*, N° 1, pp. 186-203.

CAREDDA, V. (2014) “Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità”, *Giustizia Civile*, 23-9-2014, pp. 1-7.

CIRAOLO, C. (2014) “Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità”, *Jus Civile*, N° 12, pp. 485-508.

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

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

— — (2014) “La Regulación de la Reproducción Asistida: Problemas, propuestas y retos”, en COHEN, G. y FARNÓS, E., *Derecho y Tecnologías Reproductivas*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 99-139.

GILLÁRD, M. (2004) “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*, N° 4, pp. 1-22.

HERRERA, M. (2015) Comentario al artículo 558.3 del Código Civil y Comercial Argentino, en HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II. Buenos Aires, Infojus, pp. 280-283, consultado en [<http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>] el 01/09/2016.

— — (2015b) Comentario al artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino, en HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II. Buenos Aires, Infojus, pp. 290-291, consultado en [<http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>] el 01/09/2016.

KATZ, K. (2003) “Snowflake Adoptions and Orphan Embryos: The Legal Implications of Embryo Donation”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, N° 18, pp. 179-231.

LOWE, N. y DOUGLAS, G. (2015) *Bromley’s Family Law*, Oxford University Press.

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

— — (2007) “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*, N° 10, (2006), pp. 65-94.

MENDOLA, A. (2015) “Favor minoris e presidio del dato biologico”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, N° 2, pp. 551-568.

NANCLARES, J. (2015) “La filiación en caso de gestación heteróloga por error”, *Actualidad Civil*, N°7, pp. 1-17.

NOVELLA, M. (2014) “Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità”, *Famiglia e Diritto*, N° 10, pp. 933-942.

OPPO, G. (2005) “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, *Rivista di Diritto Civile*, N° 2, pp. 99-112.

PODDIGHE, E. (2014) “Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosé, Pilato e Giuseppe”, *Giustizia Civile*, 1.12.2014, pp. 1-16.

RANDALL, V. (2002) “Race and Advanced Reproductive Technology Mistakes”, consultado en [<http://academic.udayton.edu/health/05bioethics/reproduce09.htm>] el 01/09/2016.

SCALERA, A. (2014) “Mater Semper certa est? Considerazioni a margine dell’ordinanza sullo scambio di embrioni”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, N° 12, pp. 1115-1121.

SHULTZ, M. (2005). “Taking Account of ARTs in Determining Parenthood: A Troubling Dispute in California”, *Washington University Journal of Law & Policy*, N° 19, pp. 77-128.

STEINER, E. (2006) “The tensions between Legal, Biological and Social conceptions of Parenthood in English Law”, vol. 10.3 *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)*, consultado en [<http://www.ejcl.org/103/article103-14.pdf>] el 01/09/2016.