

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2023/2024

Convocatoria: Marzo

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL E ITALIANO

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION. COMPARISON BETWEEN SPANISH
AND ITALIAN LAW



Realizado por el alumno D. Eduardo Sacramento Pacheco

Tutorizado por la Profesora D.^a Maria Elena Sánchez Jordán

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

RESUMEN

Con los avances científicos han surgido nuevas formas de combatir la infertilidad humana, como las técnicas de reproducción humana asistida, que no han pasado desapercibidas para el Derecho. Este trabajo se va a centrar en cómo dos Estados, en concreto España e Italia, regulan esas técnicas. Para ello hemos realizado un análisis comparativo de la Ley 14/2006 en España y la Ley n.40/2004 en Italia, para encontrar las diferencias y similitudes entre ambos ordenamientos jurídicos y así enfatizar aquellas cuestiones que necesitan un cambio para ajustarlas a nuestra sociedad actual. En este sentido, se ha encontrado con que en Italia no se permite el acceso a las técnicas a parejas del mismo sexo o a mujeres solteras, así como la prohibición de la gestación subrogada o la fecundación post mortem, posibilidad esta última que no se contempla, al exigir la norma que los usuarios sean dos personas vivas. Estas restricciones de derechos deben ser modificadas con el fin de adaptarlas a la sociedad actual; en concreto, la imposibilidad de que las parejas del mismo sexo no puedan recurrir a las TRHA en Italia supone una discriminación injustificada hacia esas personas y un atraso tanto legislativo como en derechos en comparación con lo que sucede en España.

Palabras clave: reproducción humana asistida, filiación, parejas del mismo sexo, gestación subrogada, criopreservación.

ABSTRACT:

With scientific advances, new ways of combating human infertility have emerged, such as assisted human reproduction techniques, which have not gone unnoticed by the law. This project will focus on how two States, specifically Spain and Italy, regulate these techniques. To do so, we have carried out a comparative analysis of Law 14/2006 in Spain and Law n.40/2004 in Italy, in order to find the differences and similarities between both legal systems and thus emphasise those issues that need to be changed in order to adjust them to our current society. In this sense, it has been found that in Italy, same-sex couples or single women are not allowed access to the techniques, as well as the prohibition of surrogacy or post-mortem fertilisation, the latter possibility not being contemplated, as the law requires that the users be two living people. These restrictions of rights must be modified in order to adapt them to today's society; in particular, the impossibility for same-sex couples not to have recourse to ART in Italy represents an

unjustified discrimination against these people and a backwardness both in terms of legislation and rights compared to what happens in Spain.

Key words: assisted human reproduction, filiation, same-sex couples, surrogacy, cryopreservation.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA E ITALIA

1. Concepto, orígenes e historia de la reproducción asistida en España e Italia
2. Técnicas de reproducción asistida permitidas
3. El uso de la reproducción asistida en parejas
 - 3.1. En parejas casadas y no casadas
 - 3.2.- Especial mención a parejas del mismo sexo
 - 3.3.- Gestación por sustitución
4. Crioconservación. Especial mención a la transferencia máxima de preembriones
5. Filiación de nacidos a partir de técnicas de reproducción asistida
 - 5.1.- En el ordenamiento español
 - 5.2.- Caso de Italia
 - 5.3.- Premoriencia del marido

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA E ITALIA

1. Similitudes
2. Diferencias

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

VI. ANEXO I

1. Legislación en materia de reproducción asistida

1.1.- Legislación italiana en materia de reproducción asistida

1.2.- Legislación española en materia de reproducción asistida

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace siglos, la gestación se ha considerado un proceso natural, fruto de la unión entre un hombre y una mujer, y necesario para la aparición de las futuras generaciones y, con ello, el avance de la humanidad.

Sin embargo, también han ido apareciendo a lo largo de los años, por un lado, problemas de salud para la procreación y gestación natural, o, lo que es lo mismo, situaciones de infertilidad, y, por otro lado, dificultades sociales, ya que no solo hemos avanzado tecnológicamente y científicamente, sino socialmente también, surgiendo nuevos tipos de uniones, como es el caso de las parejas del mismo sexo, donde por razones naturales no puede haber una gestación natural.

Para dar solución a estos problemas que han ido apareciendo, gracias al avance de la ciencia han surgido unas técnicas de reproducción humana asistida, la inseminación y gestación artificial, que se practican cuando no cabe la gestación natural.

Gracias a estas técnicas, que con el paso de los años han ido creciendo en número y mejorando su eficacia, desde hace años, la pareja que tenía problemas de fertilidad puede optar a gestar, o la pareja formada entre dos mujeres pueden ser madres de forma natural sin recurrir a la adopción.

En este contexto, y dado que el derecho no es estático, sino que es cambiante, se ha ido adaptando a los avances culturales, científicos y tecnológicos, regulando todo aquello nuevo que va surgiendo y adaptando lo anterior a dichos avances y descubrimientos. Por ello, muchos países cuentan ya con regulación específica en esta materia, regulando por ejemplo quiénes pueden acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, o los métodos permitidos en cada caso, entre otras cuestiones.

Pero como cada país posee una cultura y religión distintas, contando unos países con unas tradiciones religiosas fuertemente arraigadas, que a veces influyen de manera importante en la legislación, en este trabajo vamos a exponer las similitudes y diferencias entre el ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico italiano, con el fin de subrayar aquellas cuestiones que necesitan un cambio con el fin de ajustarlas a nuestra sociedad actual.

II. REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA E ITALIA

1.- Concepto, orígenes e historia de la reproducción asistida en España e Italia

La técnica de la reproducción humana asistida (en adelante, RHA) consiste, en términos muy generales y simples, en lograr un embarazo de manera artificial “con el fin de dar solución a los problemas derivados de la esterilidad o infertilidad humana”¹, para dar solución a aquellas parejas que presenten ésta patología², solución que puede combatir en cierto modo problemas como anovulación, endometriosis, obstrucción en las trompas o factores masculinos severos, entre otros.

Algunas de las técnicas de reproducción humana asistida usadas en la actualidad pueden ser la fecundación in vitro (FIV)³, la inseminación intrauterina⁴, la inyección

¹ Artículo 1.1 della Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\).da%20300.000%20a%20600.000%20euro.](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni).da%20300.000%20a%20600.000%20euro.)

² Exposición de Motivos I, párrafo primero, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a26>

³ Fecundación in vitro: es una técnica de reproducción humana asistida que consiste en la unión de un óvulo con un espermatozoide, de la pareja o de un donante de semen, para realizar la fecundación en el laboratorio. Requiere de una estimulación hormonal para poder obtener óvulos, que una vez fecundados en el laboratorio se implantarán en el útero para lograr el embarazo, consiguiendo así embriones de calidad y garantizar una mayor probabilidad de éxito en el embarazo (“Fecundación in Vitro”. Instituto Valenciano de Infertilidad. 2023. Recogido de: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/>).

⁴ Inyección intracitoplasmática de espermatozoides: es un procedimiento que se utiliza en casos de infertilidad masculina o infertilidad sin causa donde se aísla un solo espermatozoide y se inyecta en un óvulo maduro el día de la extracción (“Inyección intracitoplasmática de espermatozoides”. University of Miami Health System. 2023. Recogido de: <https://umiamihealth.org/es/tratamientos-y-servicios/centro-de-medicina-reproductiva-de-uhealth/inyección-intracitoplasmática-de-espermatozoides#:~:text=La%20inyección%20intracitoplasmática%20de%20espermatozoides.la%20extracción%20utilizando%20instrumentos%20microquirúrgicos>).

intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)⁵ y la transferencia intratubárica de gametos⁶, entre otras.

Ya adentrándonos en la historia y orígenes de la reproducción asistida, nos tenemos que remontar a la década de los años 70, cuando en 1978, tras muchos intentos fallidos, nació la primera niña de probeta, a través de la fecundación in vitro, de la historia de la humanidad, siendo los precursores de este método el ginecólogo Patrick Steptoe y el filósofo Robert Edwards⁷.

Unos años más tarde, en 1981, en esta ocasión en Estados Unidos, tuvo lugar el nacimiento del primer niño concebido a través de la utilización de las gonadotrofinas para estimular el ovario⁸.

Asimismo, en el año 1995, el Instituto Valenciano de Infertilidad consiguió realizar el primer embarazo en todo el mundo con espermatozoides congelados procedentes del testículo masculino⁹.

Por último, no podemos olvidar la hazaña lograda en este campo de la ciencia por Gianpiero Palermo, quien en el año 1992 desarrolló la nueva técnica de inyección de un

⁵ Inseminación intrauterina: consiste en seleccionar los espermatozoides más activos para luego introducirlos en el útero de la mujer a través de un catéter delgado (“Inseminación intrauterina”. University of Miami Health System. 2023. Recogido de: [https://umiamihealth.org/es/tratamientos-y-servicios/centro-de-medicina-reproductiva-de-uhealth/intrauterine-insemination-\(iui\)](https://umiamihealth.org/es/tratamientos-y-servicios/centro-de-medicina-reproductiva-de-uhealth/intrauterine-insemination-(iui))).

⁶ Transferencia intratubárica de gametos: es una técnica donde se realiza una transferencia de gametos a las trompas de Falopio a través de la vagina mediante laparoscopia, de modo que la fecundación no se produce en el laboratorio (“¿Qué es la transferencia intratubárica de gametos?” Reproducción Asistida ORG. 2023. Recogido de: <https://www.reproduccionasistida.org/transferencia-intratubarica-de-gametos/#:~:text=La%20transferencia%20intratub%C3%A1rica%20de%20gametos%2C%20tambi%C3%A9n%20conocida%20por%20las%20siglas,trompas%20de%20Falopio%20mediante%20laparoscopia>)

⁷ Unilive (2021). *Historia de la Reproducción Asistida*. Recogido de: <https://unilive.com.mx/historia-de-la-reproduccion-asistida/>

⁸ Next Fertility (2022). *La Historia de la Reproducción Asistida*. Recogido de: <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>

⁹ Next Fertility (2022). *La Historia de la Reproducción Asistida* (La reproducción asistida para prevenir enfermedades). Recogido de: <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>

solo espermatozoide en el interior del citoplasma del ovocito la microinyección espermática o ICSI (Intra-Citoplasmic Sperm Injection)^{10.}”

En cuanto a la historia y orígenes de la reproducción asistida en España, aunque ya desde la década de los 50 se contaba con la Sociedad Española para el estudio de la Esterilidad¹¹, no fue hasta el año 1984 cuando en Barcelona tuvo lugar el primer nacimiento en España llevado a cabo por fecundación in vitro; sin embargo, no fue hasta un año después cuando nació el primer niño por fecundación in vitro concedido por la sanidad pública¹².

Varios años más tarde, en 1987, el Instituto Universitario Dexeus logró el primer parto tras la congelación y descongelación de embriones; y fue el mismo, el que, en el año 1988, también tendría éxito en la donación de ovocitos¹³.

Fue en el año 1992, cuando se produjo el primer nacimiento en España por la técnica de la microinyección espermática gracias al mismo Instituto nombrado en el párrafo anterior, siendo de hecho el segundo embarazo del mundo con espermatozoides testiculares con esta técnica¹⁴.

En el año 2002, se consigue que nazca un bebé sano cuyos progenitores son portadores de fibrosis quística gracias al diagnóstico genético preimplantacional, siendo cuatro años más tarde, en 2006, cuando se consigue el primer nacimiento a partir de ovocitos madurados in vitro; y en 2007 los primeros niños en nacer tras la vitrificación de ovocitos¹⁵.

¹⁰ Next Fertility (2022). *La Historia de la Reproducción Asistida* (La revolución del ICSI). Recogido de: <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>

¹¹ Sociedad Española de Fertilidad (SEF) (2023). *Quiénes Somos*. Recogido de: <https://www.sefertilidad.net/?seccion=laSEF&subSeccion=laSEF>

¹² Next Fertility (2022). *La Historia de la Reproducción Asistida* (Los inicios de la medicina reproductiva). Recogido de: <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>

¹³ Next Fertility (2022). *La Historia de la Reproducción Asistida* (Los inicios de la medicina reproductiva). Recogido de: <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>

¹⁴ Next Fertility (2022). *La Historia de la Reproducción Asistida* (La revolución del ICSI). Recogido de: <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>

¹⁵ Next Fertility (2022). *La Historia de la Reproducción Asistida* (Los últimos avances). Recogido de: <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>

En cuanto a la historia y orígenes de la reproducción asistida en Italia, pocas referencias tenemos al respecto.

No obstante, de esas pocas referencias, podemos destacar el primer nacimiento en Italia por reproducción asistida. Éste tuvo lugar en la clínica Villalba di Agnano, en Nápoles, dando lugar la técnica de la fecundación in vitro al nacimiento de una niña: Alessandra Abbisogno.

Este hecho histórico en la embriología italiana tuvo lugar en el año 1983, de la mano de Vincenzo Abate, que encontró la solución al problema de la infertilidad de la madre de Alessandra en la fecundación in vitro, en concreto, según dijo la propia Alessandra en una entrevista celebrada para conmemorar el aniversario de este fenómeno, una obstrucción en las trompas de Falopio¹⁶.

2.- Técnicas de reproducción asistida permitidas

En el caso de España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistidas (en adelante, LTRHA), es muy tajante en cuanto a las técnicas permitidas, estableciendo en el artículo 2 ciertas técnicas que con cierta acreditación científica y clínica están permitidas.

Dichas técnicas son las recogidas en el Anexo de la LTRHA, en específico tres, que son la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, la inseminación artificial y transferencia intratubárica de gametos.¹⁷ No obstante, como recoge el apartado tercero del artículo 2, este anexo podrá ser modificado para adaptarlo a los avances técnicos y científicos.

De este modo, en la legislación española se recoge un *numerus clausus* de técnicas de reproducción asistida permitidas, las cuales podrán modificarse con el avance científico.

¹⁶ DI TODARO, Fabio (2018). *Procreazione assistita: parla la prima nata in Italia, 35 anni fa*. Publicado en: <https://www.fondazioneveronesi.it/magazine/articoli/ginecologia/dico-si-alla-pma-ma-i-figli-non-possano-arrivare-a-qualsiasi-eta>

¹⁷ Anexo, apartado a, técnicas de reproducción asistida, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistidas. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

Todas aquellas técnicas que no se encuentren en esa enumeración del Anexo tendrán que requerir de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.¹⁸

Además, hay que tener en cuenta el origen de las células que permiten la fecundación, que pueden ser utilizadas aquellas células provenientes de los miembros integrantes de la pareja, ya sea de uno solo de ellos o de ambos, o puede provenir de la donación de una tercera persona, es decir, de la utilización de óvulos o espermatozoides donados y conservados en los bancos correspondientes¹⁹.

Dicho esto, siguiendo a García Cantero, atendemos a varias modalidades de técnicas de RHA, mencionando las siguientes²⁰:

- **Inseminación artificial homóloga**: en ella se utiliza semen del marido, conviviente o pareja de la mujer, pudiendo incluso la autorización post mortem.
- **Inseminación artificial heteróloga**: en ella se utiliza semen de una tercera persona, ajena a la persona del marido, pareja o conviviente de la mujer.
- **Fecundación in vitro homóloga**: en ella la fecundación del óvulo se produce en el laboratorio con semen del marido, pareja o conviviente de la mujer, incluso con autorización post mortem, transfiriéndose con posterioridad a la mujer.
- **Fecundación in vitro con semen de donante**: en ella la fecundación del óvulo tiene lugar en las mismas condiciones que en la homóloga, con la salvedad de que el semen no proviene de marido, pareja o conviviente, sino de una tercera persona.
- **Fecundación in vitro con donación de óvulos**: en este caso se dan las condiciones de los casos anteriores, con la salvedad de que los óvulos que se van a fecundar provienen de una mujer distinta de aquella quien recibirá la transferencia de los óvulos fecundados, sin importar aquí la procedencia del

¹⁸ Artículo 2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

¹⁹ GÁLVEZ PÉREZ, M^a de los A. “Filiación y Reproducción Asistida”. Almería. 2017. Recogido de: [https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/6470/14991_TFG%20FILIAACION%20Y%20REPRODUCION%20ASISTIDA%20\(%20Gálvez%20Pérez.%20M%20de%20los%20Ángeles\).pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/6470/14991_TFG%20FILIAACION%20Y%20REPRODUCION%20ASISTIDA%20(%20Gálvez%20Pérez.%20M%20de%20los%20Ángeles).pdf?sequence=1&isAllowed=y)

²⁰ GARCÍA CANTERO, G. “La Filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida”. *Bioeticaweb*. 2004. Recogido de: https://www.bioeticaweb.com/la-filiacion-en-el-caso-de-la-utilizacion-de-taccnicas-de-reproduccion-asistida-g-garcasa-cantero/#_Modalidades_de_las

semen, pudiendo proceder del marido, pareja o conviviente de aquella o de un donante de semen.

En el caso de Italia, nos encontramos con el problema principal que abordamos en este trabajo, que es una legislación pobre en esta materia, donde en este caso en concreto no se regula un catálogo expreso de técnicas, permitiéndose el acceso a las misma únicamente cuando no existan otros métodos terapéuticos eficaces contra la infertilidad.²¹

En este sentido, en Italia la reproducción humana asistida se regula en la *Legge 19 febbraio 2004, n.40, norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (en adelante, Ley n. 40/2004), de la cual se puede deducir que se permite cualquier práctica médica o tratamiento²² destinado a facilitar la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humana²³.

A partir de los datos e informaciones de una clínica que opera en Italia, podemos conocer algunas de las técnicas que se llevan a cabo, citando la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la vitrificación de óvulos o la oncofertilidad, entre otras²⁴, aunque el profesor Iorio prefiere destacar fundamentalmente dos: la inseminación artificial y la fecundación in vitro²⁵.

²¹ Artículo 1.2 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\),da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni),da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

²² “Institut Marqués Italia.” *Institut Marqués*. 2024. Recogido de: <https://institutomarques.com/conocenos/instalaciones/institut-marques-italia/>

²³ Artículo 1.1 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\),da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni),da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

²⁴ “Institut Marqués Italia.” *Institut Marqués*. 2024. Recogido de: <https://institutomarques.com/conocenos/instalaciones/institut-marques-italia/#:~:text=En%20Italia%20es%20posible%20llevar.más%20adecuado%20Fa%20para%20ti>

²⁵ IORIO, G.: “La Filiazione, l'adozione, la procreazione medicalmente assistita”, en: *Corso di diritto privato*, 2ª ed., Ed. G. Giappichelli, Torino, 2016, p. 950.

En cuanto a modalidades de fecundación en Italia, siguiendo a Zanasi²⁶, encontramos solamente dos, distinguiendo entre fecundación homóloga y fecundación heteróloga.

En cuanto a la fecundación homóloga, coincide con el caso español, proveniente el material genético exclusivamente de la pareja, ya sea de la mujer o bien del hombre; coincidiendo además la figura de la madre genética (aquella en donde se gesta el futuro nacido) con la madre social (aquella que consiente en la aplicación de las técnicas de RHA); y la figura del padre genético (aquel que aporta el material genético) con el padre social (aquel que presta su consentimiento en la aplicación de las técnicas de RHA).

En cuanto a la fecundación heteróloga, se da el caso anterior, coincidiendo también con el caso de España ya analizado, siendo aquella fecundación que se produce con material genético proveniente de una tercera persona, es decir, de un donante. De esta forma podemos diferenciar dos formas distintas de fecundación heteróloga, parcial y total: en la parcial uno de los gametos, masculino o femenino, proviene de un donante; en la total, el embrión se ha formado con un gameto masculino y un gameto femenino donados.

Sin embargo, aquí se incluye una característica muy importante, y es que esta modalidad estaba prohibida en Italia, hasta que en el año 2014, el Tribunal Constitucional Italiano, mediante sentencia²⁷, declaró la inconstitucionalidad de la prohibición contenida en la Ley n. 40/2004 para los casos en que la pareja tenga una esterilidad irreversible. En este caso, el tribunal consideró que la prohibición era lesiva del derecho de autodeterminación de las parejas infértiles, discriminatoria con parejas con poco grado de infertilidad, contraria al derecho a la salud y susceptible de crear nuevas desigualdades de trato.

Por lo tanto, con las directrices de 2015, las técnicas de RHA heterólogas están permitidas en Italia, pudiendo utilizarse la doble donación en aquellos casos de infertilidad de ambos componentes de la pareja.²⁸

²⁶ ZANASI, F. A. “Fecondazione e filiazione: tra diritto alla salute, discriminazione e ordine pubblico. L'esperto risponde”. La Stampa. 2020. Recogido de: <https://www.lastampa.it/i-tuoi-diritti/l-esperto-risponde/2020/01/22/news/fecondazione-e-filiazione-tra-diritto-alla-salute-discriminazione-e-ordine-pubblico-l-esperto-risponde-1.38367086/>

²⁷ Sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014.

²⁸ ZANASI, F. A.: *op. cit.*

3.- El uso de la reproducción asistida en parejas

En el derecho español, es la propia LTRHA la que nos indica quiénes son los usuarios de las técnicas de reproducción asistida recogidas en la misma, en concreto, en el artículo sexto.

De esta forma, el apartado primero dispone como requisitos a la mujer para ser receptora o usuaria, capacidad de obrar²⁹ y una mayoría de edad³⁰, que en el propio precepto establece en dieciocho años, prestando su consentimiento escrito de manera libre, consciente y expresa.³¹

En el caso de Italia, es la Ley n. 40/2004 la que nos indica quiénes son los usuarios de las técnicas mencionadas, en concreto el artículo quinto, en relación con el apartado segundo del artículo cuarto y el artículo sexto.

De acuerdo con la normativa citada, en Italia, las técnicas de reproducción asistida están permitidas a parejas adultas estériles de distinto sexo, casadas o convivinetes y en edad fértil, quedando prohibidas a mujeres con deseo de maternidad en solitario y parejas del mismo sexo, y no recomendadas a personas mayores de 50 años³², es decir, en palabras del profesor Iorio, personas cuya edad sea ya incompatible con la procreación natural³³.

De hecho, siguiendo a Emanuele Corn, en relación con el párrafo anterior, los usuarios de las técnicas de RHA en Italia están tan estrictamente establecidos que se establecen

²⁹ Artículo 246 del Código Civil Español (en adelante, CC): “El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”

³⁰ En España, como en otros muchos países, la mayoría de edad está fijada en 18 años, establecido y recogido así por la Constitución Española en su artículo 12, así como en el Código Civil español, en su artículo 315, actualmente modificado al artículo 240 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

³¹ Artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

³² “Legislación Italiana. Técnicas de reproducción asistida.” Instituto Bernabeu. Recogido de: https://www.institutobernabeu.com/es/legislacion-italiana-tecnicas-de-reproduccion-asistida/#quien_puede_acceder_a_las_tecnicas_de_reproduccion_asistida

³³ IORIO, G.: *op. cit.*, p. 952.

sanciones administrativas para los que apliquen las técnicas de RHA en parejas del mismo sexo o que no convivan.³⁴

Por último, al igual que en el caso de España, en Italia, para poder aplicar las técnicas de procreación médicamente asistida será necesario el consentimiento informado³⁵, debiendo el médico informar sobre métodos, cuestiones biomédicas y posibles efectos secundarios, ofreciendo la posibilidad de adoptar, los costes económicos del procedimiento y en caso de no poder proceder a la realización de las técnicas por razones médicas, deberá notificarlo a la pareja³⁶. Además, la pareja, junto con el médico, deberá de expresar por escrito la voluntad de acceder a dichas técnicas, o lo que es lo mismo, prestar su consentimiento³⁷.

3.1.- En parejas casadas y no casadas

En el caso de las parejas casadas y no casadas en España, el propio artículo sexto, en el párrafo primero del apartado primero de la LTRHA, es tajante y claro al decir que la mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas sin importar su estado civil, es decir, podrá ser receptora o usuaria, por ejemplo, de la fecundación in vitro (FIV), independientemente de si está casada, soltera o en pareja de hecho.

No obstante, lo anterior es la regla común que rige para ambos tipos de parejas, recogiénose en el apartado tercero del mismo artículo una característica exclusiva y diferenciadora en el caso de las parejas casadas, donde se precisará además el consentimiento de su cónyuge, de la misma forma que para el caso de la mujer usuaria:

³⁴ CORN, E. “La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga.” *Rev. Bioética y Derecho* n° 35. Barcelona. 2015. Recogido de: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300003

³⁵ Artículo 4.2, letra b) de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\).da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni).da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

³⁶ Artículo 6.1, 2 y 4 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\).da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni).da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

³⁷ Artículo 6.3 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\).da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni).da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

tiene que ser libre, consciente y formal; siempre y cuando no estén separados legalmente o de hecho, y así conste fehacientemente.

En el caso de Italia, la propia Ley n. 40/2004 es la que nos dice quiénes pueden acceder a estas técnicas de reproducción asistida, disponiendo en su artículo 5 que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 4, podrán acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida las parejas de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, que vivan ambas”³⁸.

Con esto, lo que el legislador italiano nos quiere decir es que únicamente tendrán acceso a las técnicas de reproducción asistida las parejas que están casadas, y en el caso de que no lo estén (pareja de hecho), establece el requisito de la convivencia, teniendo que ser además los integrantes de dichas parejas de distinto sexo; por lo tanto, se prohíbe el acceso a las técnicas a toda aquella mujer que quiera ser madre en solitario.

Y en cuanto a aquellas parejas que, no estando constituidas como parejas convivientes, quieran acceder a dichas técnicas, tendrán que ir a países extranjeros para hacer uso de las técnicas de RHA, con la posterior adopción del menor por parte del cónyuge no gestante, con base en el artículo 44 de la Ley 76/2016.³⁹

3.2.- Especial mención a parejas del mismo sexo

Especial mención merecen las parejas del mismo sexo, dado el año de publicación de la LTRHA, habiendo pasado casi 20 años desde la misma, en donde han ido apareciendo colectivos con mucha importancia que defienden derechos fundamentales, como es el caso del colectivo LGTBI.

En este sentido, el artículo 6.1, párrafo segundo de la LTRHA, establece que la mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas independientemente de su orientación sexual.

³⁸ Artículo 5 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\)..da%20300.000%20a%20600.000%20euro.](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni)..da%20300.000%20a%20600.000%20euro.)

³⁹ LANDINI, Sara. “Filiación y parejas homosexuales en Italia”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2018. Recogido de: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/3.Landini.pdf>

En el caso de Italia, nos encontramos con un problema, ya que la Ley 40 establece un *numerus clausus* en su artículo 5, cuando habla de las personas que tienen acceso a las técnicas, prohibiéndoles el acceso a las mujeres solteras que quieren gestar en solitario, y a las parejas del mismo sexo.

De hecho, debido a esta tajante prohibición, desde hace varios años, los alcaldes de varios ayuntamientos en Italia, como el caso del alcalde de Milán, han permitido la inscripción de los nombres de los dos progenitores en los certificados de nacimiento de los hijos de parejas homosexuales; sin embargo, el Ministro del Interior ha enviado una orden, con base en la Ley n. 40/2004, donde prohíbe estas inscripciones.⁴⁰

3.3.- Gestación por sustitución

La gestación por sustitución, también denominada maternidad subrogada o, coloquialmente, vientres de alquiler, es aquella gestación convenida contractualmente, que puede estar motivada por precio o no, en la que la mujer gestante renuncia a la filiación del nacido en favor del contratante o de un tercero⁴¹.

Esta técnica de la gestación subrogada, tradicionalmente se ha venido utilizando por parejas heterosexuales con problemas de fertilidad, aunque actualmente está siendo cada vez más utilizada por parejas homosexuales tanto de hombres, dado que no pueden engendrar un hijo por vías naturales, como de mujeres, así como de hombres y mujeres solteros.⁴²

En el caso de España, el contrato por el que se convenga la gestación subrogada o por sustitución, tanto a título oneroso como gratuito, es nulo de pleno derecho, es decir, aquel contrato que se celebre para que una mujer renuncie a la filiación de su hijo en

⁴⁰ BUJ, Anna. “Italia limita los derechos parentales de las parejas homosexuales”. *La Vanguardia*. 2023. Recogido de: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20230327/8854662/limbo-familias-lgtbi-italia.html>

⁴¹ ¿Qué es la gestación por sustitución? 2023. Gestación por sustitución. Dirección General de Gobernanza Pública. Gobierno de España. Madrid. Recogido de: https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html

⁴² MUÑOZ BENITO, L. “La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 14, 2016, p. 248.

favor del contratante o de un tercero, por precio o a título gratuito, según lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA.

Una de las razones por las que los contratos de gestación subrogada son nulos de pleno derecho, de conformidad con el artículo 10.1 LTRHA, en España, siguiendo a Pérez Monge, es que la mayoría del Comité de Bioética de España entiende que con ello se explota a la mujer y causa un daño al interés superior del menor⁴³, siendo una cuestión trascendental, ya que el arrendamiento va a resultar que el objeto es el ser humano⁴⁴.

De esta forma, en España se declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; sin embargo, no se evita la posibilidad de que esa gestación por subrogación se lleve a cabo en un país extranjero donde sí se permite la práctica de esta técnica, el denominado turismo reproductivo⁴⁵, determinando la filiación en favor de un ciudadano español, el cual inscribirá luego en el Registro Civil atendiendo a dos requisitos: que la filiación se haya determinado mediante resolución judicial y posteriormente se analizará si dicha resolución judicial reúne los requisitos que permiten su reconocimiento y homologación en España.⁴⁶

Cabe destacar, en relación con ese turismo reproductivo, el primer supuesto en España de un matrimonio homosexual que recurrió a la maternidad subrogada en California solicitó la inscripción de los certificados de nacimiento en los que constaba la filiación paterna de los dos hombres, el cual dio paso a que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) dicatse la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la cual, dotante de protección jurídica al interés superior del menor, establece los criterios a seguir para estos casos.⁴⁷

⁴³ LLEDÓ BENITO, I. “Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 15, Julio.Diciembre 2019, p. 303.

⁴⁴ *Idem*, p. 306.

⁴⁵ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 248.

⁴⁶ DURÁN GAMERO, Rosa María. *Dudas sobre la gestación subrogada (I)*. 2017. Huelva. Vocal de la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional del Consejo General de la Abogacía. Abogacía Española, Consejo General. Recogido de: <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/dudas-sobre-la-gestacion-subrogada-i/>

⁴⁷ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 248-249.

Dicha instrucción tiene su precedente en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, la cual revocó el auto del encargado del Registro Civil Consular que había denegado la inscripción de los hijos de dicho matrimonio homosexual, ordenando así la inscripción solicitada. Esta instrucción fue recurrida ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia por el Ministerio Fiscal, estimando mediante sentencia la demanda interpuesta y dejando sin efecto la inscripción, sentencia que fue confirmada por SAP de Valencia de 2011, y posteriormente por STS⁴⁸ de 6 de febrero de 2014.⁴⁹

De la misma manera, siguiendo a Sánchez Jordán, hasta la Dirección General llegaban casos, además del mencionado, donde la filiación ya había sido determinada en el lugar del nacimiento del nacido, bien por resolución judicial, bien por certificación registral expedida por autoridad administrativa extranjera, lo cual provocó que se dictaran, tras la publicación de la mencionada Instrucción, una disparidad de resoluciones de la DGRN, encontrándonos aquellas estimatorias de la solicitud de la filiación cuando los menores han nacido en países donde interviene la autoridad judicial (resolución judicial), y aquellas denegatorias de solicitud de filiación cuando los menores han nacido en países donde no hay intervención judicial, disponiendo únicamente de la certificación registral extranjera.⁵⁰

En este sentido, dicha Instrucción de 5 de octubre de 2010, según Muñoz Benito, exige una resolución judicial del Estado extranjero que determine la filiación del nacido y negaba la certificación registral extranjera como título apto para inscribir el nacimiento y la filiación.⁵¹ De hecho, a raíz de dicha Instrucción del DGRN de 5 de octubre de 2010 se han dictado una veintena de resoluciones en supuestos de inscripción de la filiación de nacidos en el extranjero por gestación por sustitución.⁵²

Además, según expone Sánchez Jordán⁵³, se dictaron dos nuevas Instrucciones en febrero de 2019: en la primera, se establecía la posibilidad de que las resoluciones

⁴⁸ STS (Tribunal Supremo) de 6 de febrero de 2014 (rec. núm. 835/2013).

⁴⁹ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 249.

⁵⁰ SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E. “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución”. *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014, pp. 138.

⁵¹ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 249.

⁵² SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E.: *op. cit.*, p. 138.

⁵³ *Idem*, p. 139-140.

judiciales extranjeras que determinasen la filiación de nacidos como consecuencia de contratos de gestación subrogada y fueran reconocidos en España accedieran al Registro Civil, así como la posibilidad de inscripción de filiación del nacido a favor del padre comitente mediante certificación registral extranjera siempre y cuando constate la identidad de la madre extranjera y resultara acreditada la filiación del menor respecto de un progenitor español; en la segunda, además de dejar sin efecto la anterior, declara la aplicabilidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 a las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta última Instrucción de 2019, por lo que deja claro que las directrices a seguir y que están en vigor son las de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Respecto a la nueva Ley del Registro Civil de 2011 (en adelante, LRC), dice Sánchez Jordán que las reglas de mayor importancia en esta cuestión se recogen en los artículos 96 y 98 LRC, disponiendo, por un lado, los requisitos de inscripción en el Registro Civil español de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras, y, por otro lado, los presupuestos para dar entrada en el Registro Civil a las certificaciones registrales extranjeras.⁵⁴

En el ámbito jurídico italiano se regula la gestación por sustitución o maternidad subrogada en la Ley n.40/2004, en concreto en el artículo 12.6 de la misma, que dispone que “el que, de cualquier forma, realice, organice o publicite [...] la **maternidad subrogada** será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a un millón de euros”⁵⁵.

De esta forma, a diferencia de lo que sucede en el derecho español, donde es nulo el contrato que convenga la gestación subrogada, el legislador italiano está prohibiendo el uso de la gestación por sustitución en Italia, imponiendo incluso penas de prisión y multas para el que lo realice.

En el caso del derecho italiano, apunta Luna Serrano, que para la filiación del hijo que nazca de la madre gestante, habrá de darse la misma solución que para el derecho

⁵⁴ SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E.: *op. cit.*, p. 141.

⁵⁵ Artículo 12.6 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\).da%20300.000%20a%20600.000%20euro.](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni).da%20300.000%20a%20600.000%20euro.)

español, permitiendo la inscripción de los niños engendrados mediante gestación por sustitución.⁵⁶

En este sentido, el derecho italiano permite el reconocimiento automático de los padres biológicos y permite la transcripción del certificado de nacimiento del recién nacido cuando se opta por aprovechar esta práctica en países extranjeros que sí lo permiten.⁵⁷

Por otro lado, sobre este tema, la Corte Suprema di Cassazione⁵⁸, en una sentencia de 8 de mayo de 2019, sobre un caso de dos varones que utilizaron esta técnica para la posterior filiación del nasciturus e inscribirlo en el Registro Civil así, se ha pronunciado en sentido desfavorable, rechazando dicha inscripción, ya que dicho tribunal considera que el reconocimiento de la eficacia de la medida extranjera se ve obstaculizado por la prohibición de la maternidad subrogada, reconociendo en el artículo 12.6 de la Ley n.40/2004 un principio de orden público, dirigiendo a proteger la dignidad de la mujer⁵⁹.

4.- Criopreservación. Especial mención a la transferencia máxima de preembriones

Tras analizar las técnicas de reproducción humana asistida tanto en el derecho español como en el italiano, así como los usuarios de las mismas, importante mención merece en este punto el número máximo de preembriones que se pueden utilizar en el uso de las mencionadas técnicas.

⁵⁶ LUNA SERRANO, A. “Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 87, septiembre-diciembre 2012, p. 181.

⁵⁷ “Maternità surrogata: situazione in Italia e nel mondo”. *Diritto.it*. Recogido de: <https://www.diritto.it/maternita-surrogata-situazione-italia-e-nel-mondo/>

⁵⁸ La Corte Suprema di Cassazione es la más alta instancia judicial de Italia, teniendo su equivalente en España con el Tribunal Supremo.

⁵⁹ SIGNORELLA, Rosa. *Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili – sent. n. 12193/2019: maternità surrogata, negata la trascrizione alla sentenza straniera che riconosce la doppia paternità*. 2019. Università di Trento. *BioDiritto*. Recogido de: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-Sezioni-Unite-Civili-sent.-n.-12193-2019-maternita-surrogata-negata-la-trascrizione-alla-sentenza-straniera-che-riconosce-la-doppia-paternita#:~:text=8%20maggio%202019,minor%20nati%20da%20maternità%20surrogata.>

De esta manera, tanto la legislación española como la italiana establece un número máximo de preembriones que se pueden utilizar en la mujer por cada ciclo reproductivo.

Ahora bien, mientras que en España el número máximo no ha variado desde la promulgación de la LTRHA, siendo el máximo de tres preembriones en cada mujer por cada ciclo reproductivo⁶⁰, en Italia sí ha cambiado de forma importante, como veremos a continuación.

Así, el artículo 14.2 de la Ley n. 40/2004 disponía que no se deberían de crear más embriones que los estrictamente necesarios para una implantación única y simultánea, pero no más de tres⁶¹, estableciendo por tanto un máximo de tres embriones.

Sin embargo, este artículo 14.2 fue declarado inconstitucional por una sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 2009⁶², la cual excluye la disposición que exige una implantación única y simultánea y el número máximo de embriones a implantar.

De esta forma, siguiendo a Pulice, cito textualmente: “el Tribunal considera, en particular, que la disposición legislativa en cuestión no reconoce al médico “la posibilidad de valorar, sobre la base de los conocimientos técnicos y científicos más actualizados y acreditados, el caso individual sometido a tratamiento, con la consiguiente identificación, caso por caso, del límite numérico de embriones a implantar, considerado adecuado para garantizar un intento serio de procreación asistida, reduciendo al mínimo el riesgo concebible para la salud de la mujer y del feto”⁶³.

⁶⁰ Artículo 3.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

⁶¹ Artículo 14.2 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\).da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004;40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni).da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

⁶² Sentencia de la *Corte Costituzionale* 1 abril-8 mayo 2009, n.151.

⁶³ Pulice, E. Corte Costituzionale - sent. 151/2009: PMA. 8 maggio 2009. Con la sentenza dell’8 maggio 2009, n. 151, la Corte costituzionale italiana è intervenuta sulla legge n.40 del 2004 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”). 2009. Trento. BioDiritto. Recogido de: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-costituzionale-sent.-151-2009-PMA>

Además, también se declara inconstitucional el apartado 3, al no prever que la transferencia de los embriones se realice sin perjuicio para la salud de la mujer.⁶⁴

En cuanto a la criopreservación⁶⁵, nos encontramos con ordenamientos jurídicos totalmente opuestos o enfrentados. Así, en España, la criopreservación de embriones está permitida, mientras que en Italia, de manera general, se prohíbe la crioconservación de embriones salvo causas de fuerza mayor⁶⁶.

Por un lado, en España, tal y como adelantamos en el párrafo anterior, con la implantación de embriones en las técnicas de reproducción humana asistida nos encontramos con embriones sobrantes, los cuales se pueden criopreservar o crioconservar, para que en un futuro los utilice la propia mujer o cónyuge, se puedan donar a una pareja, donar a la investigación o cesar su conservación cuando la mujer haya finalizado su etapa reproductiva.⁶⁷ En este caso, es el artículo 11 de la LTRHA el que permite, en su apartado tercero, la crioconservación de preembriones sobrantes en bancos autorizados⁶⁸, dándoles los destinos posibles comentados en el párrafo anterior⁶⁹, previo consentimiento de la mujer, y, en caso de matrimonio, por su cónyuge⁷⁰. Este

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Crioconservación de embriones: proceso por el cual se congela uno o más embriones para conservarlos para el futuro, siendo así un tipo de preservación de la fecundidad. (“*Criopreservación de embriones*.” Instituto Nacional del Cáncer (EEUU). 2024. Recogido de: <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/criopreservacion-de-embriones#:~:text=La%20criopreservaci%20de%20embriones%20incluye.el%20%20%20una%20mujer.>)

⁶⁶ MOLERO MARTÍN-SALAS, M^a del Pilar. “La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, p. 324. Recogido de: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.10>. Recogido de: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-01/38344redc112cubiertascreditossumarios.pdf>

⁶⁷ GUERRERO FRANCO, J. J., HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., GUARDIOLA CUTILLAS, A., & GUZMÁN ALMANSA, M. (2021). Revisión actual del contexto legal y ético de la experimentación con embriones humanos. *Bioderecho.es*, (13), 1-29. Recogido de: <https://revistas.um.es/bioderecho/article/view/482081/314281#:~:text=La%20Ley%20de%20Ética%20en%20importaci%20de%20células%20embrionarias%20humanas>

⁶⁸ Artículo 11.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

⁶⁹ Artículo 11.4 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

⁷⁰ Artículo 11.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

consentimiento deberá de renovarse o modificarse cada dos años⁷¹. “Si no se consigue obtener por parte de la pareja un consentimiento informado tras dos renovaciones consecutivas, los preembriones quedarán a disposición de la clínica”^{72 73}.

Por otro lado, en Italia, de manera general, como comentamos anteriormente, se prohíbe la crioconservación de embriones⁷⁴, salvo en causas de fuerza mayor⁷⁵, es decir, en aquellos casos en los que no se pueda transferir los embriones por un caso grave y documentado de fuerza mayor relacionado con el estado de salud de la mujer en el momento de la fecundación^{76 77}.

Además, a raíz de la Sentencia n.151 del Tribunal Constitucional, antes mencionada, “cualquier embrión supernumerario⁷⁸ o sobrante podrá ser criopreservado si su

⁷¹ Artículo 11.6, párrafo 2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

⁷² GUERRERO FRANCO, J. J., HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., GUARDIOLA CUTILLAS, A., & GUZMÁN ALMANSA, M. (2021). Revisión actual del contexto legal y ético de la experimentación con embriones humanos. *Bioderecho.es*, (13), 1-29. Recogido de: <https://revistas.um.es/bioderecho/article/view/482081/314281#:~:text=La%20Ley%20de%20Ética%20en%20importación%20de%20células%20embrionarias%20humanas>

⁷³ Artículo 11.6, párrafo 2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

⁷⁴ Artículo 14.1 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\),da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni),da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

⁷⁵ MOLERO MARTÍN-SALAS, M^a del Pilar. “La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, p. 324. Recogido de: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.10>. Recogido de: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-01/38344redc112cubiertascreditosumarios.pdf>

⁷⁶ Artículo 14.3 de la Legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Recogido de: [https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=\(Divieti%20generali%20e%20sanzioni\),da%20300.000%20a%20600.000%20euro](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.della.repubblica:2004:40~art12!vig=#:~:text=(Divieti%20generali%20e%20sanzioni),da%20300.000%20a%20600.000%20euro)

⁷⁷ “*Legislación Italiana. Técnicas de reproducción asistida.*” Instituto Bernabeu. Recogido de: https://www.institutobernabeu.com/es/legislacion-italiana-tecnicas-de-reproduccion-asistida/#quien_puede_acceder_a_las_tecnicas_de_reproduccion_asistida

⁷⁸ Embrión supernumerario: embriones concebidos in vitro en número que excede la posibilidad de una transferencia simultánea al cuerpo humano. (FAGGIONI, M. “La cuestión de los embriones congelados”. *Bioética* web, 2004. Recogido de: <https://www.bioeticaweb.com/la-cuestion-de-los-embriones-congelados-faggioni/#:~:text=Los%20embriones%20concebidos%20in%20vitro,tentativa%20o%20de%20su%20postergación.>)

transferencia es contraria a los requisitos de procreación o en relación al estado de salud de la paciente.”⁷⁹

5.- Filiación de nacidos a partir de técnicas de reproducción humana asistida

Una vez se ha realizado la transferencia de preembriones a la mujer a través de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida y comenzado el embarazo, con el posterior parto y nacimiento del niño, queda por tanto determinar la filiación de dicho recién nacido por RHA.

La filiación se puede definir, en palabras de Muñoz Deiros, como aquel vínculo que se establece entre ascendientes y descendientes con los derechos y deberes que ello conlleva para cada uno de ellos.⁸⁰

5.1.- En el ordenamiento español

En España, cuando un recién nacido lo ha hecho por las técnicas de RHA, para determinar la filiación se siguen una serie de reglas contenidas en la LTRHA⁸¹, la cual nos remite, en su artículo 7.1, a las leyes civiles, salvo las especificaciones contenidas en la propia ley.

Aquí debe tenerse en cuenta que, ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación con contribución de donante. Es decir, no se podrá renunciar a la filiación.⁸²

⁷⁹ “*Legislación Italiana. Técnicas de reproducción asistida.*” Instituto Bernabeu. Recogido de: https://www.institutobernabeu.com/es/legislacion-italiana-tecnicas-de-reproduccion-asistida/#quien_puede_acceder_a_las_tecnicas_de_reproduccion_asistida

⁸⁰ MUÑOZ DEIROS, E. “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”. 2015. Recogido de: <https://evamunoz.es/filiacion-hijos-nacidos-tecnicas-reproduccion-asistida/>

⁸¹ FUENTES TOMÁS, P. “La familia in vitro: filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”. Elderecho.com. 2012. Recogido de: <https://elderecho.com/la-familia-in-vitro-filiacion-en-la-ley-sobre-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-ley-142006-de-26-mayo>

⁸² Artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

De este modo, siguiendo a Muñoz Benito, a la hora de analizar los supuestos de determinación de la filiación de nacidos por técnicas de RHA, habrá que diferenciar entre si existe o no matrimonio, si la fecundación es heteróloga u homóloga, o si estamos ante el caso de una pareja homosexual.⁸³

En el caso de un matrimonio compuesto por dos mujeres, se va necesitar, biológicamente hablando, semen de un donante, necesitando por tanto recurrir a estas técnicas de RHA para engendrar un hijo.

Por eso, la mujer no gestante, puede prestar su consentimiento ante el Encargado del Registro Civil para que se determine en su favor la filiación⁸⁴, tal y como recoge el artículo 7.3 LTRHA, disponiendo que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar [...] que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.”⁸⁵

En este sentido, prestado el consentimiento de la mujer no gestante, constará en el Registro Civil también como madre, quebrando el principio “mater semper certa est”.⁸⁶

Cabe destacar que la única posibilidad que contempla la LTRHA de determinación a favor de la mujer no gestante de la filiación del nacido en caso de pareja homosexual entre dos mujeres es en caso de que éstas esten unidas en matrimonio, no bastando con la mera convivencia para determinar una relación jurídica materno-filial.⁸⁷

No obstante, siguiendo a Quicios Molina, el artículo 44.4 b) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC)⁸⁸, sí que parece admitir, tras una reforma por la Ley 4/2023⁸⁹, el supuesto de filiación en caso de una pareja homosexual entre dos

⁸³ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 237.

⁸⁴ MUÑOZ DEIROS, E. “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”. 2015. Recogido de: <https://evamunoz.es/filiacion-hijos-nacidos-tecnicas-reproduccion-asistida/>

⁸⁵ Artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

⁸⁶ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 244.

⁸⁷ LUNA SERRANO, A.: *op. cit.*, p. 176.

⁸⁸ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE nº 175, de 22 de julio de 2011. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

⁸⁹ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOE nº 51, de 1 de marzo de 2023. Publicada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5366>

mujeres convivientes, bastando, según el precepto, “su conformidad a la determinación de tal filiación”. Por lo tanto, nos encontramos ante una determinación legal de una segunda maternidad no matrimonial que se regula en este artículo 44.4 b) LRC.⁹⁰

Además, el artículo 44.6 LRC prevé la posibilidad de determinación de la filiación de la madre no gestante con posterioridad a la inscripción del nacimiento ateniendo a las reglas del artículo 120.2 CC, requiriéndose además, si se realizare la declaración mediante el padre o madre no gestante, consentimiento expreso ante el Encargado del Registro Civil de la madre o persona trans gestante.⁹¹

Por otro lado, el supuesto que más se da en la práctica es una RHA en una mujer casada con un hombre, donde el material genético proviene de ambos. Estamos por tanto ante el caso de una fecundación homóloga. En este caso, al nacido le corresponde la filiación matrimonial, que recogen los artículos 113 y 116 del CC, a los que nos remite el artículo 7.1 LTRHA. Aquí los nacidos tendrán la condición de hijos matrimoniales⁹². Además, en este supuesto van a coincidir las figuras de los progenitores biológicos, ya que el material genético proviene de ambos, con la de los progenitores legales, que son los que constarán formalmente como progenitores a todos los efectos, como si de una fecundación natural se tratase⁹³.

En esta situación, la determinación de la filiación del nacido es sencilla, estando la maternidad determinada por el parto, en aplicación del principio “mater semper certa est” y la paterna determinada por la presunción que se establece en el artículo 116 CC, que viene a considerar padre al marido de la madre en el momento del parto.⁹⁴

En el caso de empleo de técnicas con material heterólogo, donde se ha realizado la transferencia con donación de terceros, la filiación es una ficción legal en beneficio al nacido a una filiación matrimonial o legítima. El donante no adquiere ninguna relación jurídica con el nacido, conservándose de este modo el anonimato de la persona donante (artículo 5.5 LTRHA). Además, ni siquiera en caso de revelación de la identidad de esta

⁹⁰ QUICIOS MOLINA, M^a S. “Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023”. *Cuadernos de Derecho Privado*, 5, enero-abril 2023, p. 4.

⁹¹ *Idem*, p. 5.

⁹² LUNA SERRANO, A.: *op. cit.*, p. 172.

⁹³ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 238.

⁹⁴ *Ibidem*.

última se producirá la determinación legal de la filiación en favor de la misma (artículo 8.3 LTRHA).⁹⁵

En cuanto a la filiación del nacido en parejas de hecho o convivientes, realizado por fecundación homóloga, el artículo 7.1 LTRHA nos remite a las reglas generales civiles. En consecuencia, la pareja conviviente con la mujer gestante podrá reconocer al nacido como hijo no matrimonial.⁹⁶ De este modo, dado que no rige la presunción de paternidad del artículo 116 CC, el presunto padre deberá acudir a los títulos de determinación de filiación no matrimonial, que son, entre otras, el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil y la resolución de un expediente registral (artículo 120 CC)⁹⁷.

En las mismas circunstancias que el caso anterior, pero en el caso de una inseminación artificial de tipo heteróloga, el hombre conviviente deberá extender un escrito indubitado en el que reconozca expresamente la filiación, la cual dará lugar a la inscripción de la filiación no matrimonial mediante expediente aprobado judicialmente (artículo 49 LRC⁹⁸).⁹⁹

Por otro lado, tenemos el caso de la mujer que ha sido sometida a técnicas de RHA, pero no está unida a nadie mediante una relación de afectividad, ni matrimonial, ni pareja de hecho o conviviente, es decir, es una madre soltera. En este caso, al igual que los dos casos anteriores, estamos en el caso de una filiación no matrimonial a la que le son de aplicación también los artículos 120 y ss. del Código Civil. En este caso, el hijo podrá ser reconocido por cualquier varón o por el que haya consentido la fecundación asistida,¹⁰⁰ encontrándonos aquí ante la posibilidad de que la mujer gestante elija al padre del niño, aquel en cuyo favor se determinará la paternidad¹⁰¹. No obstante, queda

⁹⁵ LUNA SERRANO, A.: *op. cit.*, p. 173.

⁹⁶ *Idem*, p. 174.

⁹⁷ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 245.

⁹⁸ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE nº 175, de 22 de julio de 2011. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

⁹⁹ LUNA SERRANO, A.: *op. cit.*, p. 175.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 176.

¹⁰¹ BARBER CÁRCAMO, R. “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 8, 2010, p. 33.

perfectamente determinada legalmente en este supuesto solo la filiación materna, con base en el principio “mater semper certa est”¹⁰².

5.2.- Caso de la filiación en Italia

En el caso de Italia, para analizar el fenómeno de la filiación de nacidos tras el uso de técnicas de RHA, seguiremos la estructura que utilizamos para analizar el caso de España.

En este sentido, en el caso más común de aplicación de técnicas de RHA en una mujer casada con un hombre, en cuyo supuesto los nacidos por dichas técnicas adquieren, en palabras de Luna Serrano¹⁰³, la condición de hijos legítimos de la pareja casada que ha consentido en la aplicación de dichas técnicas, ya que la relación de filiación depende de la manifestación de dicho consentimiento¹⁰⁴.

Asimismo, según el artículo 9.1 de la Ley n.40/2004, no será posible interponer ninguna acción para impugnar la filiación; no obstante, cabe la posibilidad de impugnar la filiación en caso de que uno de los miembros de la pareja no haya consentido el uso de la fecundación heteróloga por RHA o lo haya retirado con anterioridad a la aplicación de las técnicas.¹⁰⁵

Por otro lado, en relación con la aplicación de técnicas de RHA de tipo heterólogo, tal y como menciona Tovani, no se establece ninguna relación de filiación entre el recién nacido y el donante de gametos, al que se excluye de la posibilidad de establecer un vínculo de filiación (artículo 9.3 de la Ley n.40/2004), salvo que la utilización de los gametos se haya producido sin su consentimiento.¹⁰⁶

¹⁰² MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, p. 247.

¹⁰³ LUNA SERRANO, A.: *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁰⁴ TOVANI, F. “Problematiche della procreazione assistita: uno sguardo comparativo tra Francia e Italia”. *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 10. N° 11. Julio 2015, pp. 256.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 257.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 258.

En relación con la mujer soltera, ya hemos comentado en el apartado segundo de este epígrafe que el uso de las técnicas de RHA queda prohibido para quien quiera ser madre en solitario, en aplicación del artículo 5 de la Ley n. 40/2004.

5.3.- Premoriencia del marido

Pasamos en este punto a hablar de la premoriencia del marido, es decir, a la fecundación y transferencia “post mortem”¹⁰⁷ de embriones a la mujer de aquel, cuestión que en España se permite con ciertos matices.

Como regla general, y siguiendo lo establecido en el artículo 9 LTRHA, no cabrá la determinación de la filiación entre el hijo nacido por técnicas de RHA y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del mismo.

No obstante lo anterior, como dice De Verda y Beamonte, se permite la fecundación con semen congelado del marido fallecido, siempre que se cuente con el consentimiento del mismo y la fecundación se realice dentro de los 12 meses siguientes a su fallecimiento. En estos supuestos, quedará determinada la filiación a favor del marido fallecido.¹⁰⁸

El consentimiento que nombramos en el párrafo anterior ha de reunir, según Muñoz Benito, una serie de requisitos¹⁰⁹: en primer lugar ha de ser personalísimo, no pudiendo prestarse por tercero y en él se debe identificar a la mujer que se va a fecundar; en segundo lugar, ha de ser un consentimiento expreso; en tercer lugar, ha de ser formal, pudiendo prestarse en el documento del artículo 6.3 LTRHA, en escritura pública, en testamento o en documento de instrucciones previas¹¹⁰; por último, el consentimiento prestado podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la aplicación de las técnicas de RHA.

¹⁰⁷ “*Post mortem*”: Locución latina que significa después de la muerte o después de morir.

¹⁰⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *op. cit.*, pp 204-207.

¹⁰⁹ MUÑOZ BENITO, L.: *op. cit.*, pp. 239-240.

¹¹⁰ Artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE n° 126, de 27 de mayo de 2006. Recogido de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=1#a11>

Distinto a lo anterior es la transferencia “post mortem” de embriones ya fecundados al tiempo del fallecimiento del marido, que es posible realizar sin consentimiento del mismo dado que en este caso existe, en el artículo 9.2 LTRHA, una presunción de otorgamiento de consentimiento.¹¹¹

De forma excepcional, tal como menciona Navarro Pastor, cabría autorización judicial para realizar esta práctica, tras la cual y después del nacimiento del hijo, la filiación debería ser reconocida, tal y como ha corroborado la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia¹¹², en la que reconoce y determina la filiación paterna de la hija respecto al padre premuerto.¹¹³

Esta técnica de la fecundación post mortem se admitió en nuestro país en el año 1988, cuestión que en otros países europeos no ha ocurrido, como es el caso de Italia, el que nos ocupa en cuestión.¹¹⁴

En este caso, en Italia, no está prevista esta cuestión de la filiación del hijo nacido por fecundación post mortem, dado que el artículo 5 de la Ley n. 40/2004 contempla como usuarios de las técnicas de RHA a dos personas vivas, mayores de edad, de diverso sexo y casadas o convivientes.¹¹⁵

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA E ITALIA

Tras analizar sistemáticamente los ordenamientos jurídicos de España e Italia en materia de reproducción asistida, damos paso ahora a las diferencias y similitudes entre ambos en dicha materia, cuestión de la que nos ocupamos en este epígrafe.

¹¹¹ *Idem*, p. 205.

¹¹² SAP Barcelona 8778/2020, nº 596/2020, de 23 de septiembre de 2020. ECLI:ES:APB:2020:8778. Recogido en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

¹¹³ NAVARRO PASTOR, M. “Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho civil”. *Revista Médico-Jurídica*. 2022. Recogido de: <https://revistamedicojuridica.com/blog/2022/04/20/fecundacion-asistida-postmortem-y-su-tratamiento-en-derecho-civil/>

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ LUNA SERRANO, A. : *op. cit.*, p.178.

1.- Similitudes

Para empezar, vamos a hablar de las similitudes que existen en esta materia en ambos ordenamientos jurídicos, destacando en primer lugar el motivo por el cual se recurre a las técnicas de RHA, dando con estas solución a los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humana.

Por otro lado, una de las similitudes entre ambos en relación con los usuarios de las técnicas es el consentimiento informado que se ha de prestar, tanto en España como en Italia, por parte del cónyuge o pareja de la mujer gestante.

Otra de las similitudes que encontramos tras analizar ambos ordenamientos jurídicos en materia de RHA, en concreto en lo que se refiere a maternidad subrogada es el denominado turismo reproductivo al que hacía alusión Muñoz Benito, el cual se produce tanto con ciudadanos españoles como con ciudadanos italianos, los cuales utilizan la técnica de la gestación por subrogación en países en los que sí está permitido, como Estados Unidos o Rusia, y una vez haya nacido el niño regresan a sus respectivos países para homologar la filiación mediante resolución judicial o certificación registral extranjera y poder inscribir así el nacimiento y la filiación en el Registro Civil del país correspondiente.

Respecto a la filiación de los nacidos a partir de técnicas de RHA, tanto Italia como España están de acuerdo en lo relativo a la filiación de tipo heteróloga, donde el material genético proviene de un donante, es decir, una donación de gametos, previendo que la revelación de la identidad del donante no implica determinación legal de filiación en favor del mismo, respecto a quien se excluye la posibilidad de establecer un vínculo de filiación.

2.- Diferencias

En cuanto a las diferencias existentes entre ambos ordenamiento jurídicos, tenemos que mencionar en primer lugar las técnicas de RHA permitidas, ya que mientras en España se regula un catálogo expreso contenido en un anexo que nos remite el artículo 2 LTRHA, donde las técnicas permitidas son la fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos, la inseminación artificial y la transferencia intratubárica de gametos, pudiendo modificarse con el avance técnico y

científico; en Italia se permite cualquier práctica médica o tratamiento que dé solución a los problemas reproductivos derivados de la infertilidad, pudiendo aplicarse, según datos de una clínica que opera en Italia, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la vitrificación de óvulos o la infertilidad, entre otras técnicas.

Por otro lado, otra de las diferencias a destacar entre ambos países son las modalidades de fecundación existentes, contando España con un catálogo de modalidades mucho más amplio que en Italia, país donde solo tenemos la fecundación homóloga y la fecundación heteróloga, mientras que en España nos encontramos con la fecundación artificial homóloga y heteróloga, y la fecundación in vitro homóloga, con semen de donante y con donación de óvulos.

Por otra parte, otra de las grandes diferencias que nos encontramos es en relación con los usuarios de las técnicas. De esta forma, en España, podrán acceder a las técnicas de RHA las mujeres que tengan capacidad de obrar, mayoría de edad y hayan prestado su consentimiento expreso y libre, sin importar su estado civil. En definitiva, en España podrán acceder a dichas técnicas de RHA las parejas casadas, con consentimiento del cónyuge, las parejas de hecho y las mujeres solteras, sin importar además la orientación sexual de dichos usuarios, permitiéndose también para las parejas del mismo sexo casadas o de hecho.

En cambio, en el caso de Italia nos encontramos un derecho más restrictivo, donde únicamente podrán acceder a las técnicas de RHA las parejas casadas o las parejas que, aún no estando casadas, sean convivientes. De este modo, se prohíbe el acceso a las técnicas de RHA a toda mujer que quiera ser madre en solitario, a las mujeres que por su edad no sea recomendable (personas mayores de 50 años) y a las parejas del mismo sexo.

Otra de las diferencias que hemos podido encontrar es en relación con la gestación por sustitución o maternidad subrogada, donde en España el contrato por el que se convenga dicha gestación subrogada será nulo de pleno derecho, no prohibiendo expresamente la gestación por sustitución al no existir una previsión en este sentido; al contrario que en el caso de Italia, donde la maternidad subrogada está totalmente prohibida, castigada con penas de prisión, tal y como recoge el artículo 12.6 de la Ley n.40/2004.

En otro orden de cosas, en relación con el número máximo de transferencia de embriones, aunque al principio tanto Italia como España coincidían en este punto, estableciendo ambos el límite máximo de transferencia de tres embriones, Italia ha cambiado su postura y ahora el facultativo goza de libertad para obtener el número de embriones que estime necesario, teniendo en cuenta para ello la salud de la mujer.

Respecto a la criopreservación de embriones, también encontramos diferencias en ambos ordenamientos, dado que en España la congelación de embriones está permitida, mientras que en Italia, de manera general, se prohíbe la crioconservación de embriones salvo en aquellos casos en los que no se pueda transferir los embriones por un caso grave y documentado de fuerza mayor relacionado con el estado de salud de la mujer en el momento de la fecundación.

Por otro lado, respecto a la filiación de los nacidos a partir de técnicas de reproducción humana asistida, cabe decir que en España encontramos diversos supuestos de filiación dependiendo de si estamos ante un matrimonio o no. Así, en primer lugar, en el caso de un matrimonio entre dos mujeres, la no gestante necesita prestar su consentimiento ante el Encargado del Registro Civil para determinar la filiación a su favor; en segundo lugar, en el caso de un matrimonio de una mujer y un hombre donde ambos aportan el material genético, al nacido le corresponde la filiación matrimonial de los artículos 113 y 116 CC; en tercer lugar, en el caso de parejas de hecho o convivientes, la pareja podrá reconocer al nacido como hijo no matrimonial mediante un escrito indubitado; en cuarto lugar, en el caso de transferencia con donación de material genético de terceras personas, la filiación es una ficción legal en beneficio del nacido, estableciéndose una filiación matrimonial; en quinto y último lugar, tenemos el caso de la mujer soltera, donde nos encontramos aquí con el supuesto de que sólo queda determinada legalmente la filiación materna con base en el principio de *mater semper certa est*.

En cambio, en el caso de Italia, solo se contemplan dos posibilidades de filiación: por un lado, la que proviene de la aplicación de las técnicas de RHA en un matrimonio entre una mujer y un hombre, donde los nacidos en estas circunstancias tendrán la condición de hijos legítimos; y, por otro lado, la que proviene de la aplicación de técnicas de RHA con donación de gametos. Por tanto, dado que en Italia no está permitido el uso de técnicas de RHA a matrimonios o parejas homosexuales ni madres solteras, no podremos hacer apenas mención a la filiación en estos casos, destacando la

diferencia con respecto a España, donde está permitido y hemos mencionado en el párrafo anterior.

Por último, respecto a la fecundación post mortem, encontramos una notable diferencia, dado que en España se permite, siempre que se cuente con consentimiento del marido fallecido y la fecundación se realice dentro de los 12 meses siguientes a su fallecimiento; además, también se permite mediante autorización judicial, tras la cual la filiación paterna se determina respecto al padre premuerto. En cambio, en Italia, esta técnica de fecundación post mortem no se contempla, dado que se exige que los usuarios de las técnicas de RHA en el mismo país sean dos personas vivas, mayores de edad, de distinto sexo y casadas o convivientes, sin que existan previsiones sobre la fecundación tras la muerte del padre.

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, ha de indicarse que este estudio ha mostrado por un lado, las diferencias culturales existentes tanto en Italia como en España, donde en esta materia de la reproducción humana asistida hemos encontrado un mayor número de diferencias que de similitudes.

De esta forma, hemos podido detectar que hay cuestiones que tienen una regulación totalmente opuesta entre ambos países, como es el tema de la fecundación post mortem, donde en España está permitida, con ciertas peculiaridades y requisitos, mientras que en Italia no; o cuestiones que no encuentran una regulación opuesta, sino distinta, como es el caso por ejemplo de los usuarios que pueden acceder a las técnicas de RHA, contando España con un catálogo de usuarios más amplio con respecto al caso italiano, donde, por ejemplo, no pueden optar a la reproducción asistida las mujeres que quieren ser madre en solitario.

Por otro lado, hemos podido ver con este estudio cómo en Italia, en cierto modo se discrimina a las personas homosexuales, las cuales no pueden optar a las técnicas de RHA, ni tan siquiera las parejas homosexuales compuestas por dos mujeres, donde una de ellas puede gestar.

Desde el punto de vista actual, este problema en relación con las parejas homosexuales muestra un atraso legislativo y una restricción de derechos en el país italiano,

quebrando así el artículo 3 de la propia Constitución Italiana de 1947, que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, por lo que la normativa en materia de TRHA necesita de un cambio para poderse ajustar a la sociedad actual.

Del mismo modo, se discrimina a la mujer que quiere ser madre en solitario, ya que no se le permite el acceso a dichas técnicas, violando de nuevo el principio de igualdad ante la ley del artículo 3 de la Constitución Italiana.

Partiendo del principio de igualdad, para dar solución a este atraso legislativo con respecto a los avances sociales, debería de regularse y permitirse el acceso a dichas técnicas a cualquier persona, del mismo modo que lo ha hecho el legislador español, el cual ha tenido en cuenta ese avance social y ha ajustado el derecho al mismo.

No cabe duda alguna de que, tarde o temprano, el legislador italiano dará luz verde al cambio e incluirá a esos colectivos que, por el momento, hoy no pueden ser madres por RHA, siendo los Tribunales los que estén dando ese primer paso en la lucha a favor de la igualdad e inclusión de esos supuestos en esta materia con sus resoluciones.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARBER CÁRCAMO, R. “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 8, 2010, pp. 25-37. Recogido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3674664>
- CORN, E. “La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga.” *Rev. Bioética y Derecho* nº 35. Barcelona. 2015. Recogido de: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-5887201500030003
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. “Reproducción humana asistida (La fecundación y transferencia “post mortem” de embriones)”. *Rev. Boliviana de derecho* nº 8, 2009, pp 192-211. Recogido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4868708>

- IORIO, G.: “La Filiación, l'adozione, la procreazione medicalmente assistita”, en: *Corso di diritto privato*, 2ª ed., Ed. G. Giappichelli, Torino, 2016, pp. 928-954. Disponible en: <https://ebookcentral-proquest-com.accedys2.bbt.ull.es/lib/bull-ebooks/detail.action?docID=4735319>
- LLEDÓ BENITO, I. “Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 15, Julio.Diciembre 2019, pp. 303-313. Recogido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7468246>
- LUNA SERRANO, A. “Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 87, septiembre-diciembre 2012, p.178. Recogido de: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/issue/view/36>
- MOLERO MARTÍN-SALAS, Mª del Pilar. “La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, p. 324. Recogido de: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.10>. Recogido de: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-01/38344redc112cubiertascreditossumarios.pdf>
- MUÑOZ BENITO, L. “La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 14, 2016, pp. 219-256. Recogido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853739>
- NAVARRO PASTOR, M. “Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho civil”. *Revista Médico-Jurídica*. 2022. Recogido de: <https://revistamedicojuridica.com/blog/2022/04/20/fecundacion-asistida-postmortem-y-su-tratamiento-en-derecho-civil/>

- QUICIOS MOLINA, M^a S. “Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023”. *Cuadernos de Derecho Privado*, 5, enero-abril 2023, pp. 2-7. Recogido de: <https://cdp.editorialbercal.es/index.php/cuadernos/article/view/35>
- SANCHEZ JORDÁN, M^a. E. “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución”. *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014, pp. 116-146. Recogido de: <https://indret.com/la-necesaria-doble-aproximacion-a-la-gestacion-subrogada/>
- TOVANI, F. “Problematiche della procreazione assistita: uno sguardo comparativo tra Francia e Italia”. *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 10. Nº 11. Julio 2015, pp. 247-269. Recogido de: <https://web-p-ebscobhost-com.accedys2.bbtk.ull.es/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=f56a7193-d93b-4e2b-9598-43733b76a6d9%40redis>

VI. ANEXO 1

1.- Legislación en materia de reproducción asistida

1.1.- Legislación italiana en materia de reproducción asistida

Listado de las leyes y demás normativa que regulan la reproducción asistida en Italia:

- Ley N^o 40 del 19 de febrero de 2004, "Normas en materia de técnicas de procreación médicamente asistida".
- Decreto del Ministerio de Salud N^o 128 del 27 de abril de 2001, "Normas en materia de reproducción humana asistida".
- Decreto del Presidente del Consejo de Ministros N^o 19 del 16 de enero de 2013, "Criterios para la determinación de la pareja estable para la aplicación de las técnicas de procreación médicamente asistida".
- Circular del Ministerio de Salud del 28 de julio de 2005, "Orientaciones para la aplicación de la ley N^o 40/2004 en materia de técnicas de reproducción médicamente asistida".

- Decreto del Ministerio de Salud del 4 de julio de 2019, "Reglamento sobre la recopilación, procesamiento, almacenamiento y uso de datos de donantes y receptores de gametos y embriones".

1.2.- Legislación española en materia de reproducción asistida

Listado de las leyes y demás normativa que regulan la reproducción asistida en España:

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Real Decreto 9/2014, de 10 de enero, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la adecuación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios que realicen técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.