

**Procreazione medicalmente assistita, embrioni soprannumerari e maternità surrogata
nell'ordinamento spagnolo**

di AURORA RIZZA

Il tema della procreazione medicalmente assistita, ovvero delle *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (TRHA) in lingua spagnola, negli ultimi anni ha registrato notevole attenzione per gli esponenziali sviluppi scientifici che hanno consentito di realizzare processi fino a pochi anni fa impensabili.

La dissociazione tra il fenomeno riproduttivo umano e l'esercizio della sessualità portato dall'uso di tali tecniche solleva interrogativi e conflitti che interpellano l'interprete, coinvolgendo altresì questioni di carattere sociale, psicologico ed etico. Tali procedure danno ingresso alla possibilità tecnica di situazioni di co-paternità e/o co-maternità genetica e/o biologica, ovvero omogenitoriale, a famiglie monoparentali, a maternità e/o paternità realizzate in età avanzata, superando limitazioni di tipo biologico e/o di infertilità.

La Spagna è stato uno dei primi paesi a regolamentare le tecniche di riproduzione assistita attraverso la *Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida* (LTRA) la quale, fin dalla sua promulgazione, diede impulso a notevoli progressi nel campo della tecnica e della pratica medica per combattere l'infertilità, riducendo i rischi legati alle cure e, allo stesso tempo – si sostiene – aumentando il tasso di natalità.

Proprio in ragione dei grandi progressi scientifici registrati in materia negli ultimi anni e dello sviluppo di nuove tecniche di riproduzione, incentrati soprattutto sul destino dei pre-embrioni soprannumerari, la *Ley 35/1988* subì un'importante modifica nel 2003 con la *Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*.

Nello specifico, la legge sulle tecniche di riproduzione assistita, nella sua formulazione iniziale, non stabiliva limiti al numero di ovuli fecondabili (né, in particolare, l'art. 11 per i pre-embrioni crioconservabili) e, invero, l'art. 4 si limitava a prevedere che all'utero fosse trasferito un «numero di embrioni ritenuti scientificamente il più idoneo a garantire ragionevolmente la gravidanza». Tale impostazione normativa aveva fatto sì che il numero di pre-embrioni

prelevati fosse spesso superiore a quello degli impiantati e che, quindi, quelli eccedenti o soprannumerari venissero destinati alla crioconservazione. Dunque, ancorché la *ratio legis* fosse volta a limitare il numero di embrioni da creare ed impiantare nella donna, a restringere il numero di embrioni soprannumerari e a dare certezza al destino di essi, l'astrattezza del tenore normativo, in concreto, non impediva un accumulo di pre-embrioni vitali nelle banche autorizzate, anche oltre il periodo limite di conservazione (cinque anni) stabilito per legge, cui sarebbe dovuta seguire la necessaria distruzione degli stessi.

Difatti, proprio al fine di ovviare alla problematica del sovrannumero degli embrioni, la successiva *Ley 45/2003* pose la limitazione della produzione di un massimo di tre ovociti in ogni ciclo riproduttivo, effetto che ha reso, però, difficile la pratica ordinaria delle tecniche di riproduzione assistita, impedendo di ottenere il maggior successo con il minor rischio possibile per la salute della donna, che era l'obiettivo principale del provvedimento normativo del 2003. Inoltre, tale legge riservava un trattamento diverso, a seconda della data della loro generazione/produzione, ai pre-embrioni crio-genizzati o congelati: quelli anteriori al novembre 2003, data di entrata in vigore della suddetta legge, potevano essere utilizzati, oltre che per altri fini, per finalità di ricerca, possibilità preclusa a quelli generati successivamente, utilizzabili esclusivamente per scopi riproduttivi della coppia generatrice o per la donazione ad altre donne.

Tale limite legale venne ulteriormente alterato dal successivo *Real Decreto* 1720/2004 del 23 luglio. Quest'ultimo provvedimento stabiliva che, in ogni caso, il numero di ovociti da fecondare dovesse essere determinato in base a criteri clinici stabiliti dai responsabili del processo, tenendo conto nella storia clinica della tipologia fisiologica che giustifica la decisione caso per caso (art. 2) e, dall'altro, ha indicato nell'allegato al provvedimento le tipologie fisiopatologiche in cui era consentita la fecondazione di più di tre ovociti nello stesso ciclo. In tal modo, l'eccezione è divenuta regola.

In questo contesto, ma in verità fin dalla promulgazione della *la Ley 45/2003*, la Commissione Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita (*Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* – CNRHA, organo collegiale del ministero della Sanità, dei servizi sociali e della parità che ha carattere permanente e consultivo e la cui funzione principale è quella di fornire pareri

circa l'uso di tecniche di riproduzione umana assistita), insisteva sulla necessità di intraprendere rapidamente una riforma globale della legislazione in vigore.

Infatti, al fine di correggere le carenze individuate e di adeguarle alla realtà attuale, la *Ley 35/1988* è stata abrogata dalla successiva *Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (LTRHA), foriera di rilevanti novità.

La *Ley 14/2006*, in primo luogo, definisce chiaramente, con effetti esclusivamente circoscritti al proprio ambito di applicazione, il concetto di pre-embrione, intendendo come tale l'embrione *in vitro* costituito dal gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita, da quando è fecondato fino a quattordici giorni dopo. Inoltre, vieta la clonazione di esseri umani a fini riproduttivi.

La *Ley 14/2006* ha provveduto a colmare quell'assenza di regolamentazione che interessava tutte le nuove tecniche che non riuscivano a trovare applicazione mediante un'interpretazione estensiva della precedente normativa. Difatti, la *Ley 35/1988* si limitava ad annoverare, in un elenco chiuso, le sole tecniche di procreazione assistita all'epoca esistenti. La nuova legge, invece, segue un criterio molto più aperto nell'elencare le tecniche che, a seconda dello stato della scienza e della pratica clinica, possono essere oggi realizzate, e nell'applicazione delle stesse ai casi di sterilità.

Inoltre, la diagnosi genetica pre-impianto ha consentito la prevenzione di quelle malattie genetiche, attualmente non ancora curabili, mediante la selezione di pre-embrioni in determinati casi e previa le necessarie autorizzazioni amministrative.

Infine, per correggere i problemi sollevati dalla legislazione precedente, la *Ley 14/2006* elimina le differenze tra pre-embrioni crioconservati prima dell'entrata in vigore della *Ley 45/2003* e quelli che potrebbero essere generati successivamente. Per quanto riguarda le possibili destinazioni dei pre-embrioni, queste sono sempre subordinate alla volontà dei genitori e, nel caso dell'indagine e della procedura, a rigorose condizioni di autorizzazione, monitoraggio e controllo da parte delle autorità sanitarie interessate. In questo modo, la Spagna si è allineata con gli altri paesi nella previsione di strumenti idonei a garantire alla gestante la protezione dell'embrione.

Nondimeno, va sottolineato come la *Ley 14/2006* abbia soppresso i limiti previsti dalla *Ley 45/2003* per la generazione di ovociti in ogni ciclo riproduttivo, che devono derivare esclusivamente dalle indicazioni cliniche esistenti nel caso specifico.

Oltre a questi aspetti di natura prettamente tecnica, è importante segnalare come, in realtà, la *Ley 14/2006* abbia apportato numerose modifiche anche con riferimento a coloro che possono accedere alle TRHA (utilizzatori). Infatti, ai sensi dell'art. 6, «ogni donna di età superiore ai 18 anni e pienamente in grado di agire può essere destinataria o utilizzatrice delle tecniche, a condizione di aver dato il proprio consenso scritto al loro uso in modo libero, consapevole ed esplicito»; dunque, emerge che l'accesso alle TRHA prescinde dallo *status* civile e soprattutto dall'orientamento sessuale dell'utilizzatore nonché dalla sua età. Invero, nonostante molti centri abbiano voluto fissare il limite di età massima di cinquant'anni, tale legge non prevede un limite di accesso e un limite di età per sottoporsi ai trattamenti di fertilità.

Le tecniche autorizzate e accettate sono, invece, previste in un allegato della *Ley* e precisamente consistono in: inseminazione artificiale; fecondazione *in vitro* o cd. FIV (in questo caso, inoltre, è consentito soltanto il trasferimento di un massimo di tre embrioni per ciclo e ciò è dovuto ai rischi che comporta una gravidanza multipla per la donna e i suoi futuri figli) e iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi (ICSI) con gameti propri o di donatore e con trasferimento di embrioni; trasferimento intratubario di gameti. L'applicazione di qualsiasi altra tecnica richiede l'autorizzazione dell'autorità sanitaria interessata, previo parere favorevole della CNRHA.

L'art. 3 della *Ley 14/2006* prevede la possibilità per l'utilizzatrice di poter sospendere in qualsiasi momento il trattamento e, infatti, stabilisce che «la donna che riceve tali tecniche può chiedere che la loro applicazione sia sospesa in qualsiasi momento della loro realizzazione prima del trasferimento embrionale e tale richiesta deve essere soddisfatta».

Un aspetto che ha destato e desta tuttora particolari problematiche è quello relativo alla maternità surrogata, con riferimento alla quale l'art. 10 della *Ley 14/2006* statuisce che «è nullo di pieno diritto il contratto di gestazione, con o senza prezzo, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione materna a favore del contraente o di un terzo».

Si segnala, in tale ambito, la sentenza del *Tribunal Supremo*, 6 febrero 2014, no. 247 (Pres. Francisco Marín Castán - Rel. Rafael Sarazá Jimena), con cui il tribunale ha ordinato di

cancellare la filiazione instaurata da due uomini mediante maternità surrogata a San Diego e poi iscritta nel *Registro Civil* spagnolo nel 2009, dichiarando che la stessa minava l'ordine pubblico spagnolo.

Il suddetto art. 10, inoltre, statuisce che, «per quanto riguarda gli effetti di un'eventuale convenzione di gravidanza con sostituzione o incarico in Spagna, la madre gestante sarà sempre la madre biologica (ex art. 10.2 LTRHA secondo cui: «La filiazione dei figli nati mediante gravidanza sostitutiva è determinata dal parto») – in base all'antico brocardo *mater semper certa est* – e il figlio sarà iscritto nello stato civile come suo senza che possa manifestare l'identità dell'altro genitore (ex art. 122 c.c.)».

Dunque, per l'ordinamento spagnolo, la madre è sempre nota e devono essere presi in considerazione solo il fatto certo del parto – anche se, in linea di principio, le è stato impiantato un embrione in cui non siano stati utilizzati i propri ovuli – e l'identità del figlio. Inoltre, per la manifesta illiceità e inefficacia della convenzione di gestazione per sostituzione (GS), la donna gestante, secondo l'ordinamento giuridico spagnolo, non assumerebbe alcun obbligo di consegnare il figlio dopo il parto, né di indennizzare l'altra parte in caso di inosservanza di tale obbligo contrattuale, anche nel caso in cui le siano stati forniti mezzi in corrispondenza della gravidanza.

Nonostante questo assetto fondato sulle norme del codice civile spagnolo, negli ultimi anni l'ampliamento delle modalità procreative ha determinato soluzioni variegate in termini di diritto effettivo.

Il 18 febbraio 2009, la *Dirección General del Registro y del Notariado* (DGRN) emanava una decisione con la quale, per la prima volta, in Spagna, si riconosceva la possibilità di avere accesso all'anagrafe spagnola per la filiazione di due minori, figli di una coppia *same-sex* di uomini spagnoli, nati attraverso la gravidanza per sostituzione in California. Pur essendo stata tale decisione impugnata dal Pubblico Ministero (Tribunale Istruttorio di Valencia, sent., del 15 settembre 2010, n. 15) sulla base della nullità della pratica nell'ordinamento giuridico spagnolo, in prosieguo di tempo, la *Dirección General del Registro y del Notariado* ha sviluppato un orientamento favorevole all'iscrizione nell'anagrafe di certificati di nascita da maternità surrogata.

Un'importante svolta si è avuta, però, come accennato, con la sentenza della sezione civile del *Tribunal Supremo* del 6 febbraio 2014, che ha mantenuto una ferma posizione – contraria – al riconoscimento della GS, in quanto «la decisione dell'autorità di registrazione della California di attribuire lo *status* di genitore che ha assunto la gravidanza con sostituzione... è contraria all'ordine pubblico internazionale spagnolo in quanto incompatibile con norme che disciplinano aspetti essenziali dei rapporti familiari, in particolare della filiazione, ispirate ai valori costituzionali della dignità della persona, rispetto della sua integrità morale e tutela dell'infanzia». Il TS ha ritenuto che tale contratto dovesse essere considerato nullo per due motivi: 1) innanzitutto per «rispetto della dignità e integrità morale della donna gestante», il che imponeva di «evitare lo sfruttamento dello stato di necessità in cui possono trovarsi giovani donne in situazioni di povertà o impedire la mercificazione della gestazione e della filiazione»; e 2) perché «la conclusione di un contratto di gestazione viola la dignità del minore rendendolo oggetto di traffico commerciale». Dunque, secondo il TS, dovevano essere valutati tutti i beni giuridici in gioco, nonché i principi del rispetto della dignità della donna incinta e dell'interesse del minore a non essere soggetto al traffico commerciale.

Riguardo alla motivazione proposta dal *Tribunal Supremo*, intende precisarsi come – ad avviso di chi scrive – la questione primaria e fondamentale dal punto di vista giuridico non sia rappresentata dalle condizioni economiche delle madri gestanti nella maternità surrogata, ma dalla mercificazione della capacità riproduttiva di ogni singola donna. La sentenza del TS fa cenno a tale questione nel ripetuto riferimento alla dignità e all'integrità morale della donna gestante e alla necessità di evitarne lo sfruttamento, evidenziando come la regolamentazione del fenomeno non possa tralasciare la tutela della donna che ogni ordinamento deve considerare.

In conclusione, appare chiaro che, anche a seguito della fitta evoluzione legislativa, nella legislazione spagnola sulla procreazione medicalmente assistita permangono aspetti problematici, con particolare riguardo al fenomeno della surrogazione di maternità, che costituisce il profilo in cui maggiormente si registra il contrasto tra l'apparente semplicità della soluzione tecnica e l'altrettanto chiaro rischio di messa in discussione di principi giuridici per come finora interpretati.