

## **COMENTARIOS A LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR DE GESTACIÓN SUBROGADA**

MARÍA DEL MAR NAVARRO MARTÍNEZ

Abogada en Leyemecum y Master en Bioderecho, ética y ciencia

JOAQUÍN JÍMENEZ GONZÁLEZ

Médico y Master en Bioderecho, ética y ciencia

LAURA MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Abogada en Leyemecum

LOLA MARTÍNEZ SÁNCHEZ,

Abogada en Leyemecum

MARÍA DEL DIVINO AMOR PINILLOS CAPEL

DUE

### **I. QUÉ ES LA GESTACIÓN SUBROGADA Y SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA**

La proposición de Ley para la legalización y regulación de la Gestación subrogada define la Gestación por subrogación como *“la técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida contempladas en la ley y da a luz el hijo de otra persona o personas.”*

En otras palabras la Gestación por Subrogación es la técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta gestar al hijo de una tercera o terceras personas llamadas progenitores subrogantes y dar a luz ese hijo. En España con el texto propuesto esto quedaría formalizado en un contrato público y sería siempre sin

ánimo de lucro, además la mujer gestante podrá o no tener vínculo familiar con el progenitor subrogante.

Actualmente en España la Gestación Subrogada o Gestación por sustitución está prohibida expresamente en el Ordenamiento jurídico en el art. 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida que anula cualquier contrato de esta naturaleza independientemente de que sea con precio o no y determina la filiación en el momento del parto como regla general.

A pesar de dicha prohibición la gestación subrogada es una realidad en nuestro país, multitud de parejas viajan a países donde es legal esta técnica para utilizarla y es en este punto donde se han ido dando pasos tendentes a permitirla, sobre todo en aras del interés superior del menor.

El primer hito se produce en 2009 cuando un matrimonio intenta inscribir directamente a sus hijos con toda la documentación legal extranjera a través del Registro Consular del país extranjero. Se les deniega la inscripción pero estos recurren y la DGRN ordena mediante resolución de 18 de febrero de 2009 la inscripción de éstos al existir la certificación registral extranjera y aunque haya sido por medio de un contrato de gestación subrogada. No obstante esta resolución fue recurrida y actualmente el conflicto está en el Supremo.

A través de esta resolución se permitía la inscripción en los Consulados, la DGRN da un paso más a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que ordena la inscripción de los menores nacidos en el extranjero en el Registro Civil aunque haya sido a través de Gestación Subrogada cuando exista una Resolución Judicial dictada por el Tribunal extranjero competente en la que se determine la filiación del nacido.

Por lo que en España actualmente está prohibida la gestación por sustitución pero se está inscribiendo en el Registro Civil a los niños nacidos a través de esta técnica en el extranjero y por lo tanto, se está permitiendo a la ciudadanía Española la utilización de este contrato.

Y, finalmente, el último hito es la creación de una Iniciativa Legislativa Popular para despenalizar y regular la Gestación Subrogada en España, del texto propuesto por esta Iniciativa es el que se va a analizar a continuación.

## **II. ORIGEN Y MOTIVACIÓN DE LA INICIATIVA ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA?**

Esta iniciativa surge a raíz de la historia de Antonio y Marta. Este matrimonio esperaba una hija y, por complicaciones en el parto pierden a su hija y a Marta tienen que realizarle una histerectomía subtotal (extirpándole el útero pero no los ovarios). Antonio y Marta se quedaron sin la posibilidad de tener más hijos y la adopción era lenta y cara así que vieron en la gestación por subrogación la solución a sus problemas y la posibilidad de que muchas personas puedan ejercer su derecho a ser padres.

En cuanto a la motivación de la Ley, la encontramos en la exposición de motivos del texto, y podemos esgrimir varios argumentos para justificar la necesidad de que se regule en España la Gestación Subrogada.

En primer lugar la evolución del modelo de familia, España cuenta con una de las Leyes sobre técnicas de reproducción humana asistida de las más pioneras mundialmente, permite la utilización de las técnicas de reproducción tanto a parejas como a mujeres solteras, además permite la donación de óvulos, espermatozoides o incluso ambas cosas. Nuestra legislación tiende a ampliar los derechos de la mujer para que sea madre si el estado de la ciencia lo permite, por lo que el siguiente paso debe ser el de la gestación subrogada. En primer lugar porque se dan múltiples casos que incurrirían en un injusto, una mujer que no tiene ovarios puede ser madre aún cuando el ovulo vaya a ser de una tercera persona pues entendemos que está en su derecho pero una mujer se queda sin útero y no podría, ¿por qué no puede utilizar el útero de otra persona? Y en segundo lugar, porque en un estado en el que se le da tanta importancia al derecho a la igualdad, si el estado protege y amplía el derecho a la mujer a ser madre ¿Qué pasa con el derecho a ser padre? En este sentido la gestación subrogada es sólo un paso dentro de la línea que España ha querido seguir en técnicas de reproducción.

En segundo lugar porque la gestación subrogada es una realidad en nuestro país y el derecho se encarga de regular la realidad social. Un estado de derecho no puede ignorar el devenir de los acontecimientos y es necesario regular la gestación subrogada ya sea en términos más amplios o estrictos si es algo que está ocurriendo con o sin regulación.

Y, por último y enlazado con este segundo motivo la necesidad de regular la Gestación Subrogada se justifica en el Derecho a la igualdad reconocido en nuestra CE ya que, al permitir la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos a través de esta técnica en el extranjero aun siendo ilegal en nuestro país se está permitiendo el acceso a esta técnica pero, únicamente a las personas que tengan capacidad económica suficiente para costearla. Dicho de otra manera, actualmente la gestación subrogada se permite en nuestro país, pero solo a un grupo de personas en base a su capacidad económica quebrantando el principio de igualdad.

#### **PRESUPUESTOS GENERALES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA: LA PROPOSICIÓN DE LEY**

La gestación por subrogación puede plantear múltiples problemas al adaptarla a la realidad, ¿Qué pasa si la mujer quiere quedarse al hijo? ¿y si se muere antes uno de los progenitores? ¿y si la mujer gestante se arrepiente? Esta ley ha tratado de contemplar todas esas posibilidades y regularlas para proteger los derechos tanto de los progenitores subrogantes como de la mujer gestante, así como, y sobre todo, a los menores fruto de esta técnica de reproducción asistida. Para ello, entre otras medidas, crea el Registro Nacional de Gestación por subrogación, se anticipa y regula la premorienza de uno de los cónyuges o de ambos o el supuesto de que la mujer gestante desee interrumpir el embarazo.

En cuanto a la regulación de la Gestación Subrogada, el texto de la Iniciativa propone lo siguiente:

En primer lugar, es necesario un matiz, esta Proposición de Ley concibe la Gestación Subrogada como **una técnica más de Reproducción humana asistida**, es por ello que realiza remisiones constantes a la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida como respecto a las exigencias fijadas para la donación.

Es decir, la Gestación Subrogada es una técnica de reproducción humana asistida más, utilizada en los supuestos en los que sea necesario utilizarla y no puedan utilizarse las demás técnicas y es por ello que lo lógico es que se esté a lo dispuesto en la Ley que regula estas técnicas de reproducción humana asistida.

La gestación subrogada sólo podrá ser usada una vez agotadas las demás técnicas de reproducción o cuando no exista posibilidad de realizar ninguna otra, es decir, queda como **técnica residual**. Además deberán existir posibilidades de éxito y no suponer riesgo grave para la salud de la mujer gestante ni de la posible descendencia.

La gestación subrogada no tendrá carácter lucrativo ni comercial. Este requisito descarta uno de los motivos utilizados frecuentemente para no despenalizar la gestación: el comercio con niños, no existe comercio, puesto que no existe precio. Es un contrato con un fin solidario: gestar y dar a luz al hijo de una persona que no puede físicamente. También descarta la denominación “vientres de alquiler” puesto que no existe tal contrato. Por otro lado, sí percibirá la mujer gestante una compensación destinada a cubrir molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales, el lucro cesante inherente al procedimiento así como a proporcionar las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el parto.

Es decir, la gestación subrogada siempre será **sin ánimo de lucro**, no suponiendo la compensación económica en ningún caso un incentivo económico, ésta tiene carácter estrictamente resarcitorio. Esta característica es común en derecho comparado.

El texto propone que sea el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, el que fije periódicamente las condiciones básicas para garantizar el respeto a la gratuidad de la gestación.

En cuanto a la transferencia embrionaria, el texto propone que se haga de acuerdo con lo previsto en la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida en cuanto a técnicas, eventuales donantes y teniendo las terceras personas que eventualmente intervengan en el proceso los derechos y deberes de dicha ley. Este es uno de los casos de remisión a la Ley 14/2006 explicados anteriormente.

El contrato de gestación por subrogación será **documento público otorgado ante notario** y a él se anexionará la inscripción de la mujer gestante en el Registro Nacional

de GS. El contenido mínimo será la compensación económica que recibirá la gestante, forma y modo; las técnicas de reproducción a emplear; forma, modo y responsables médicos de gestación y parto así como lugar de este último; designación de tutor del niño para casos de incapacidad o fallecimiento del progenitor (223CC) y detalles del seguro de la mujer gestante explicado posteriormente.

La inscripción en el Registro Civil no reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, es decir, se garantizará la confidencialidad de la identidad de la mujer gestante, salvo lo dispuesto en el artículo 5.5 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, a saber:

*“Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad.*

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

Se establece la inimpugnabilidad de la filiación del hijo nacido de esta técnica una vez formalizado el contrato y realizada la transferencia embrionaria a la mujer gestante. De no ser así tanto el hijo como la mujer gestante quedarían desprotegidos puesto que los progenitores podrían impugnar la filiación en cualquier momento y no existiría la seguridad jurídica necesaria en este tipo de contratos.

Por último, el texto crea el **Registro Nacional de Gestación por Subrogación**, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el que estarán inscritas todas las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación. En el quedarán también registrados los contratos de gestación por subrogación. Este Registro dota de mayor seguridad y garantías la utilización de esta técnica tanto para la mujer gestante como para los progenitores subrogantes. Los progenitores subrogantes que no conozcan a ninguna persona que desee ser mujer gestante podrán acudir a este Registro para encontrar a la mujer gestante idónea. El gobierno, previo informes del Consejo interterritorial del SNS y de la Comisión Nacional de Reproducción humana asistida y mediante RD regulará la organización y funcionamiento del Registro.

## LA MUJER GESTANTE

### REQUISITOS O CONDICIONES

- En cuanto al estado tanto físico como psicológico el texto exige que la mujer gestante cumpla con las mismas exigencias que las donantes de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (art. 5.6), a saber, *tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.*

- Deberá haber gestado un hijo sano con anterioridad y que esté vivo.

- Disponer de una situación socioeconómica estable: este requisito es fundamental puesto que la gestación por subrogación se configura en España como un contrato con un fin altruista y, por tanto, sin ánimo de lucro. Con este requisito se descarta que la mujer gestante realice el contrato por el incentivo económico.

- Haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato.

- La mujer gestante podrá tener o no vínculo con los progenitores por subrogación.

En numerosas ocasiones existirá vínculo con los progenitores subrogantes y será alguna mujer de la propia familia o una amiga la que quiera prestarse a ser mujer gestante ya que la finalidad de este contrato es altruista, lo mueve la solidaridad. Para el caso de personas que no estén en esa situación se crea el Registro Nacional de Gestación por Subrogación a través del cual se puede encontrar a una mujer gestante idónea.

La mujer gestante tiene también una serie de DERECHOS:

-Estará debidamente informada de los riesgos y condiciones de la técnica antes de su aceptación libre y consciente. Esto es, la mujer gestante, tiene derecho a la

información como en todo tipo de actuación sanitaria y es necesario que preste su consentimiento tras haber recibido la misma.

-Recibir la **compensación económica** expuesta anteriormente así como a ser beneficiaria de un **seguro** que cubra las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

-Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción voluntaria del embarazo en la LO 2/2010 la mujer podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna dentro del marco de la ley. Ahora bien, si se acogiese a algunas de las circunstancias del art. 14, es decir, cuando no medie causa médica alguna sino que sea a petición de la mujer ésta deberá devolver las cantidades percibidas e indemnizar por daños y perjuicios a los progenitores subrogantes, además, se excluirá a la mujer gestante del Registro Nacional de Gestación por Subrogación.

Esto debe ser así porque no se puede obligar a una mujer a tener un hijo sin su aceptación libre, pero en el caso de que la mujer decida abortar sin que medie causa médica o tenga justificación para su cambio de parecer deberá indemnizar a la familia, además de excluirla del Registro Nacional de Gestación por Subrogación.

### **LOS PROGENITORES SUBROGANTES**

-El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida.

La técnica se permite tanto para un progenitor único como para parejas pero, en este último caso deberán estar unidos por vínculo matrimonial, inscrito como pareja de hecho o relación de análoga afectividad. Este requisito se establece para proteger al menor, descarta que puedan existir casos extravagantes de progenitores desconocidos, o la amistad como vínculo para tener un hijo.

-Igual que en el caso de la mujer gestante el progenitor deberá ser español o residente en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato. En caso de que sean pareja, bastará con que uno de los progenitores cumpla esta condición

-Los progenitores tendrán tanto el derecho como el deber de hacerse cargo del niño, a todos los efectos, inmediatamente después del parto.

El texto también regula que pasa si uno de los dos progenitores o ambos fallecen:

-En el caso **de premoriencia de uno de los cónyuges** si el cónyuge supérstite decide continuar sólo será considerado hijo del cónyuge fallecido si ya se ha producido la fecundación o el material reproductor del progenitor fallecido se halla en el útero de la mujer gestante.

Esto tiene una excepción, podrá determinarse la filiación si el progenitor subrogante fallecido presta su consentimiento en el contrato de gestación subrogada para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria.

Si el **fallecimiento es de ambos progenitores o de progenitor único**, el contrato mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando a lo dispuesto en las leyes generales.