

GESTACIÓN SUBROGADA

**Principales cuestiones
civiles, penales,
registrales y médicas**

Su evolución y consideración (1988-2019)

Francisco Lledó Yagüe

María Pilar Ferrer Vanrrell

Ignacio Benítez Ortúzar

Carmen Ochoa Marieta

Óscar Monje Balmaseda

(Directores)

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa

(Coordinadora)



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Dykinson, S.L.

GESTACIÓN SUBROGADA
Principales cuestiones civiles,
penales, registrales y médicas
Su evolución y consideración (1988-2019)

GESTACIÓN SUBROGADA

Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas

Su evolución y consideración (1988-2019)

Francisco Lledó Yagüe
María Pilar Ferrer Vanrrell
Ignacio Benítez Ortúzar
Carmen Ochoa Marieta
Óscar Monje Balmaseda
(Directores)

Ainhua Gutiérrez Barrenengoa
(Coordinadora)

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2019

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-289-7
Depósito Legal: M-33662-2019

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Imprime:

Dedicado a los expertos de la Comisión Especial de Estudio sobre las técnicas de reproducción asistida del Congreso de los Diputados, y en particular a su Presidente D. Marcelo Palacios, que supo guiar con inteligencia, sensibilidad y gran profesionalidad, los trabajos y aportaciones inmejorables de reconocidos profesionales que facilitaron al Presidente a petición de dichos expertos la elaboración de un informe completo, riguroso y exigente, que junto a las recomendaciones de los grupos políticos del Congreso fue aprobado por la Cámara y posteriormente decisivo para la redacción de la primera Ley sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida en España y en el mundo. A todos ellos y en particular a su Presidente debe reconocérseles su labor y dedicación

Índice

PRÓLOGO MOTIVADO	XXIX
------------------------	------

ASPECTOS CIVILES, LABORALES Y DE ORDEN REGISTRAL Y JURISPRUDENCIAL

GESTACIÓN DE SUSTITUCION (1984-2019)	3
--	---

MARCELO PALACIOS

EL INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL	5
--	---

LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN EN LAS LEYES ESPAÑOLAS SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRA-TRHA)	12
---	----

1. Ley 35/88	12
--------------------	----

EN ESPAÑA LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN NO ESTÁ LEGALIZADA	17
---	----

ANEXOS.....	20
-------------	----

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	25
--	----

DRA. MARÍA PILAR FERRER VANRELL

LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN (1988-2019).....	29
--	----

DR. D. FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

I. LUCES Y SOMBRAS EN LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	29
---	----

1. El debate de la gestación subrogada: desde el informe de la comisión de expertos al momento actual ¿evolución, involución?	29
---	----

2. El dilema de su aceptación o reproche.....	32
---	----

II. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO AL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL EN TORNO A SU NULIDAD	35
1. En torno a la debatida y prescindible naturaleza jurídica ...	35
2. La nulidad del contrato.....	39
III. LA FILIACIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA	43
1. El debate de la filiación.....	43
2. Las acciones de filiación y la maternidad subrogada	52
IV. ESPECIAL ATENCIÓN A LA LEGISLACIÓN PORTUGUESA SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA	61
REFLEXIONES SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	75
VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO	
I. INTRODUCCIÓN	75
II. INTERESES PROTEGIBLES DE LAS PERSONAS AFECTADAS ...	77
1. Padres de intencion	78
2. La mujer gestante.....	84
3. El interés superior del niño.....	91
III. CONCLUSION	103
LA POSICIÓN DE LOS DISTINTOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Y LA PL PRESENTADA POR EL GP CIUDADANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA (BOCG Nº B-145-1)	105
DRA. MARÍA PILAR FERRER VANRELL	
INTRODUCCIÓN	105
I. LA POSICIÓN DE LOS DISTINTOS GRUPOS POLÍTICOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	106
II. ANÁLISIS DE LA PROPOSICIÓN DE LEY (PL) REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN SUBROGADA (BOCG Nº B-145-1), PRESENTADA POR EL GP CIUDADANOS Y LA POSICIÓN DE LOS DISTINTOS GRUPOS PARLAMENTARIOS.....	107
1. El fundamento de la proposición de ley. El derecho a crear una familia por intermediación de otra mujer, la gestante, ajena a la familia	108
2. La posición de los distintos Grupos Parlamentarios ante la PL sobre Gestación subrogada presentada por GP Ciudadanos	116
CONCLUSIÓN	118

EL DEBATE EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN EL PARLAMENTO	119
JULIO CÉSAR PRIETO CONTRERAS	
EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA EN ALGUNOS PAÍSES FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA	131
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ	
I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO	131
II. CANADÁ.....	133
1. Sujetos.....	133
2. Determinación de la filiación.....	134
III. GESTACIÓN SUBROGADA EN ESTADOS UNIDOS	134
1. Introducción	134
2. La maternidad subrogada en California.....	136
3. Maternidad subrogada en Nevada	145
IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO	150
1. Situación general	150
2. Regulación en particular	151
V. LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN UCRANIA	161
1. Modalidades	161
2. Sujetos.....	161
VI. GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN RUSIA	164
1. Sujetos.....	164
2. Modalidades	164
3. Determinación de la filiación.....	165
VII. A MODO DE CONCLUSIÓN	165
GESTACIÓN SUBROGADA: ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN Y A LA VOLUNTAD DE LA MUJER PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE GESTAR PARA OTRO.....	167
M ^a RAQUEL BELINCHÓN ROMO	
I. BREVE INTRODUCCIÓN Y PANORAMA LEGISLATIVO EXISTENTE.....	167
II. LA SITUACIÓN Y LA VOLUNTAD DE LA MUJER PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO	169

1. Legislación portuguesa existente en materia de gestación por sustitución. DECRETO N.º37/XIII. <i>Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)</i>	173
2. El caso español: la proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 8 de septiembre de 2017)	181
III. CONCLUSIONES.....	187
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	191
EL CONTRATO DE GESTAR PARA OTRO. ASPECTOS LEGALES. LA POSICIÓN CRÍTICA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	195
RAFAEL LINARES NOCI	
I. EL CONTRATO DE GESTAR PARA OTRO. ASPECTOS LEGALES	195
1. Algunas cuestiones sobre el contenido del art. 10.1 de la LTRHA	195
2. Consideraciones a una Proposición parlamentaria	200
3. Reflexiones sobre causa y objeto del contrato de gestación subrogada	202
4. Una posible argumentación para la inexistencia del contrato....	205
II. LA POSICIÓN CRÍTICA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	210
III. CONCLUSIONES.....	222
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	223
EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 14/2006 Y SU ANÁLISIS COMPARATIVO CON LO DISPUESTO EN OTRAS LEGISLACIONES PERMISIVAS. ESPECIAL ATENCIÓN A EE.UU Y REFLEXIÓN SOBRE CLAÚSULAS HABITUALES EN ESTOS CONTRATOS	225
AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA	
I. EL ART. 10 DE LA LEY 14/2006. EL ANÁLISIS DE LEGE LATA Y LA POLÉMICA DE SU ACTUACIÓN FUERA DE ESPAÑA	225
II. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LOS EEUU.....	228
1. Consideraciones generales	228
2. Explicación de las cláusulas “tipo” en un contrato de gestación en EE.UU. (Estado de California).....	231

LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO. EL ARTÍCULO 10 LTRHA..	237
DRA. OLGA CARDONA GUASCH	
I. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA O LA DISOCIACIÓN DE LOS ELEMENTOS GENÉTICO, BIOLÓGICO Y VOLITIVO	237
II. GRATUIDAD U ONEROSIDAD DEL CONTRATO	239
III. PARTES DEL CONTRATO	241
1. Parte comitente	241
2. Gestante	241
IV. PRESTACIÓN	242
V. RENUNCIA	242
VI. CLASES DE SUBROGACIÓN	243
VII. FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DEL CONTRATO EN EL DERECHO ESPAÑOL	244
1. Argumentos sobre los que se fundamenta la nulidad	244
2. ¿Se pueden sortear estas “objeciones”?	245
LA PROBLEMÁTICA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA: LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN DE 14 Y 18 DE FEBRERO DE 2019 Y LA POSICIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	247
ÓSCAR MONJE BALMASEDA	
I. LA PROBLEMÁTICA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA	247
II. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN CONSECUENCIA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA: LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN DE 14 Y 18 DE FEBRERO DE 2019	254
III. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014 Y EN EL AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2015	257
IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. EL INTERÉS DEL MENOR COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	262

APROXIMACIÓN ÉTICA Y JURÍDICA A LA GESTACIÓN SUBROGADA: A VUELTAS CON EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS Y DESEOS	267
ANA ISABEL HERRÁN ORTIZ	
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	267
II. LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, TAMBIÉN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA	269
1. Derecho, dignidad humana y gestación subrogada	269
2. La madre gestante y el respeto a su dignidad como mujer ..	271
III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO VALOR ¿PREFERENTE? EN LA GESTACIÓN SUBROGADA	274
1. A propósito del concepto de interés superior del menor	275
2. La gestación subrogada y el alcance del interés superior del menor	277
IV. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GESTACIÓN SUBROGADA. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER GESTANTE	282
1. El derecho al libre desarrollo personal de la mujer gestante.....	282
2. La integridad física y moral de mujer gestante	284
3. El “derecho” a la libertad reproductiva <i>versus</i> la protección de la maternidad	287
V. A PROPÓSITO DE UNA ¿NECESARIA? REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: EN BUSCA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA	290
1. El carácter altruista de la gestación por sustitución	291
2. La relación jurídica y personal de la mujer gestante y los padres de intención	292
3. La prestación del consentimiento por la mujer gestante.....	293
4. Los derechos del niño nacido mediante gestación por sustitución.....	295
5. Las garantías del proceso de gestación subrogada	296
VI. CONCLUSIONES.....	298
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	300

EL FUTURO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA ENTRE EL FRAUDE DE LEY VERSUS ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL	303
ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ	
I. INTRODUCCIÓN	303
II. EL CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA	303
III. HISTORIA DE LA FIGURA	305
IV. SITUACIÓN INTERNACIONAL Y EL FENÓMENO DEL TURISMO REPRODUCTIVO	306
V. LA GESTACIÓN SUBROGADA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	310
1. Situación legal en España de la gestación por sustitución...	311
2. Problemática de la gestación subrogada en el escenario legal y social en España: a caballo entre el fraude de ley y el orden público internacional	315
VI. CONCLUSIONES.....	317
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	318
 EL INFORME DE 11 DE JULIO DE 2014 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....	 321
ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ	
I. INTRODUCCIÓN	321
II. LA CONSULTA DE 11 DE JULIO DE 2014 SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LOS NACIDOS FUERA DE ESPAÑA MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	322
1. Normas sobre las inscripciones en la gestación por susti- tución de los nacidos fuera de España	322
III. REFLEXIONES TRAS EL DICTAMEN DE 11 DE JULIO DE 2014 .	331
1. El acceso al RC español.....	331
IV. PRESENTE Y PERSPECTIVAS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	339
1. Situación actual. La determinación de la filiación y com- petencia del RC	339
V. CONCLUSIONES	343
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	344

LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010	347
EMMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ	
I. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA.....	347
1. Aspectos Generales	347
2. El artículo 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, Sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida	349
3. Forma del Contrato.....	351
II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 18 DE FEBRERO DE 2009.	354
1. Resumen	354
2. Opiniones doctrinales.....	358
3. Cadena de Sentencias que confirma la nulidad de la resolución	359
III. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010. CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	359
IV. INSTRUCCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 2019	363
V. LA SITUACIÓN ACTUAL	363
VI. CONCLUSIONES.....	365
BIBLIOGRAFÍA.....	366
 LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	 369
PABLO FERNÁNDEZ DE LA VEGA	
I. PANORAMA LEGISLATIVO INTERNACIONAL.....	369
II. RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TEDH	370
III. COMENTARIO	373
IV. CONCLUSIONES.....	376
V. BIBLIOGRAFÍA.....	376
 EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES PREVISTO EN LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL	 379
MARTÍN CORERA IZU	
I. INTRODUCCIÓN	379
II. LA “NUEVA” LEY DEL REGISTRO CIVIL. MODELO REGISTRAL ACTUALIZADO	380

III. EL TÍTULO X DE LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL.....	383
1. Declaración de intenciones: Legislación y exequátur. Certificados de Registros extranjeros	383
2. Vocación totalizadora del Registro Civil español. Control de datos que acceden al Registro Civil	386
3. Primacía del Derecho convencional y de la Unión Europea. Competencia Judicial Internacional	388
4. Marco normativo UE en las relaciones personales transfronterizas. Consejo Europeo de Tampere	389
5. Supresión del trámite del exequátur. Controles y salvaguardas del Estado miembro requerido	392
6. Inscripción en el Registro Civil. Regulación registral. Inscripciones y Anotaciones registrales. Legalización y Apostilla	395
7. Inscripción de resoluciones judiciales extranjeras.....	397
8. Reconocimiento incidental en materia de gestación subrogada y adopción internacional	400
IV. REFLEXIONES.....	404
V. CONCLUSIONES.....	407
VI. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CONSULTADA.....	407
ADOPCIÓN TRAS GESTACION SUBROGADA	409
MARIA DEL MAR GIL CORDOBES	
I. INTRODUCCIÓN GENERAL	409
II. DERECHO SUSTANTIVO	415
1. Régimen legal	415
2. Requisitos para la constitución de la adopción.....	416
III. TRAMITACIÓN PROCESAL DE LA ADOPCIÓN	418
1. Competencia.....	419
2. Postulación.....	419
3. Legitimación.....	419
4. Solicitud del adoptante.....	419
5. Consentimiento.....	419
6. Asentimiento	420
7. Trámites posteriores	424

8. Resolución final	424
IV. CONCLUSIONES.....	425
V. BIBLIOGRAFÍA.....	426
LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO SEGÚN LA LEY 20/2011 DE REGISTRO CIVIL; MODIFICADA POR LA LEY 19/2015	427
CARLOS CERRADA LORANCA	
I. VALORACION.....	427
1. Introducción	427
2. Ley aplicable.....	428
3. Evolución del tratamiento sobre la inscripción	429
4. Resolución extranjera y Certificación de asientos ex- tendidos en Registros extranjeros. Las decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	433
5. Modificaciones de la Ley 19/2015.....	437
II. CONCLUSIONES.....	438
III. BIBLIOGRAFIA.....	438
LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS EFECTOS DE UNA GESTACIÓN SUBROGADA, LEGAL EN EL PAÍS DONDE SE HA LLEVADO A CABO, EN ESTADOS VINCULADOS POR EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS QUE RIGE SU PROHIBICIÓN ...	441
LUIS GARAU JUANEDA	
I. INTRODUCCIÓN	441
II. SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2014 DE LA SECCIÓN QUINTA DEL TEDH (ASUNTO <i>MENNESSON</i> CONTRA FRANCIA).....	442
1. Los hechos y el agotamiento de los recursos internos	442
2. Los motivos de la demanda ante el TEDH	443
3. La sentencia del TEDH	444
III. SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2017 DE LA GRANDE <i>CHAMBRE</i> (ASUNTO <i>PARADISO</i> Y <i>CAMPANELLI</i> CONTRA ITALIA)	445
1. Los hechos.....	445
2. El asunto <i>Paradiso y Campanelli</i> contra Italia ante la sección segunda del TEDH (Sentencia de 27 de enero de 2015)	446

3. Sentencia de la <i>Grande Chambre</i>	446
4. Opiniones concordantes y opinión disidente común.....	447
IV. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTADOS SOMETIDOS A SU JURISDICCIÓN : LA OPINIÓN CONSULTIVA DE 10 DE ABRIL DE 2019, SOLICITADA POR LA <i>COUR DE CASSATION</i> DE FRANCIA, EN RELACIÓN CON EL ASUNTO <i>MENNESSON</i>	449
1. Consideraciones generales	449
2. Opinión consultiva de 10 de abril de 2019	449
LA PROPUESTA DE BASES REGULATORIAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD	453
FERNANDO ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ	
I. INTRODUCCIÓN	453
II. ASPECTOS CLAVES DEL DOCUMENTO DE LA SEF	456
1. El carácter excepcional de la gestación por sustitución	456
2. Obligada vinculación genética del descendiente con al menos uno de los miembros de la pareja subrogada	458
3. Aprobación judicial previa y supervisión de los aspectos éticos por un comité de ética.....	459
4. Ausencia de ánimo de lucro.....	461
5. Flexibilidad para determinar el carácter anónimo o no de la gestación por sustitución	463
III. CONCLUSIONES.....	464
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	465
EL GRUPO DE BIOÉTICA DE LA CONFERENCIA DE OBISPOS DE LA UNIÓN EUROPEA: “EL GRUPO”. COMENTARIOS SOBRE EL DICTAMEN SOBRE LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL	467
INMACULADA VIVAS TESÓN	
I. LA MATERNIDAD SUBROGADA: EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL	467
II. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	475
III. UNA TÉCNICA REPRODUCTIVA CONDENADA POR LA UNIÓN EUROPEA	479

IV. EL DICTAMEN DEL GRUPO DE BIOÉTICA DE LA CONFERENCIA DE OBISPOS DE LA UNIÓN EUROPEA	479
V. EL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA.....	487
VI. OTROS POSICIONAMIENTOS	488
VII. CONCLUSIONES.....	489
VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	490
INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	491
CRISTINA GIL MEMBRADO	
I. INTRODUCCIÓN	491
II. LA GESTACIÓN SUBROGADA: CLASIFICACIÓN, CONDICIONES PARA EL DEBATE Y ASPECTOS CIENTÍFICOS ...	491
1. Tipología de la gestación subrogada	492
2. Las reglas del debate bioético en la maternidad subrogada	492
3. Aspectos biológicos y psico-sociales de la relación madre- hijo durante la gestación	492
III. ASPECTOS ÉTICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	493
1. El núcleo de la cuestión	493
2. ¿Sigue importando vincular gestación y maternidad?	493
3. La mujer portadora: ¿libre o esclava?	494
4. El interés superior del menor	495
IV. ASPECTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	497
1. La regulación de la maternidad subrogada: perspectiva internacional y Derecho comparado	497
2. La situación jurídica en España.....	499
3. Tres modelos reguladores de la maternidad subrogada: análisis crítico	501
V. CONCLUSIONES.....	503
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	503

GESTACIÓN SUBROGADA. CUANDO LA REALIDAD SOCIAL SUPERA A LA REALIDAD JURÍDICA.....	507
MARÍA ELENA COBAS COBIELLA	
I. PRESENTANDO EL TEMA.....	507
II. LA LLAMADA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA	511
III. ¿RESULTA NECESARIA UNA LEY EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA?.....	514
3.1. Avanzando algunas cuestiones	514
3.2. Hacia una futura norma en sede de gestación subrogada. Posicionamiento en torno al tema.....	521
IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN	529
V. BIBLIOGRAFÍA.....	529
 LA MATERNIDAD SUBROGADA: GESTACIÓN COMERCIAL DESEOS Y DERECHOS. ASPECTOS A FAVOR Y EN CONTRA, Y FUTURO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	535
MARINA PÉREZ MONGE	
I. INTRODUCCIÓN	535
II. ARGUMENTOS	538
1. Argumentos a favor de la maternidad subrogada	538
2. Argumentos contra la maternidad subrogada.....	540
III. SITUACIÓN ACTUAL	545
IV. FUTURO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	552
V. CONCLUSIONES.....	555
BIBLIOGRAFÍA	556
 ASPECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN-MATERNIDAD SUBROGADA: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA	561
JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA - ADIRAN BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ	
I. INTRODUCCIÓN	561
II. MARCO NORMATIVO GENERAL	562
III. MARCO NORMATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA...	566
IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE).....	579

V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH).....	583
VI. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA SOCIAL.....	588
VII. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, SALAS DE LO SOCIAL, DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS (TSJ)	597
BIBLIOGRAFÍA.....	599

ASPECTOS PENALES

MATERNIDAD SUBROGADA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	605
--	------------

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

I. INTRODUCCIÓN	605
II. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y MATERNIDAD SUBROGADA. ANALISIS DE LEGE DATA.....	610
III. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y MATERNIDAD SUBROGADA. ANALISIS DESDE LA VIGENCIA DE UNA HIPOTÉTICA LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN	612
IV. PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN (122/000117)	615
V. PROPUESTA DE LEY DE LA ASOCIACIÓN POR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA.....	619
VI. CONCLUSIONES Y TOMA DE POSTURA	620

DELITOS RELATIVOS A LA FILIACIÓN Y MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN. REFLEXIONES DE <i>LEGE LATA</i> Y DE <i>LEGE FERENDA</i>.....	625
---	------------

IGNACIO LLEDÓ BENITO

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA: LA MATERNIDAD POR ENCARGO: UN BREVE ESTUDIO DE SITUACIÓN A LA LUZ DEL ORDEN SUSTANTIVO CIVIL. SU NULIDAD.....	625
--	-----

II. LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA SUPOSICIÓN DEL PARTO: EL APARTADO 1º DEL ART. 220 CP. SU POSIBLE APLICACIÓN EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	628
1. El delito de suposición de parto a la luz de la mujer que contrata los servicios de gestación subrogada.....	628
2. El bien jurídico protegido en el delito de suposición de parto y su correspondencia en la maternidad subrogada	631
3. La conducta típica en el delito de suposición de parto a la luz de la gestación subrogada, no tanto por el contrato sino por la alteración del estado civil.....	635
4. El sujeto activo y pasivo en el delito de suposición de parto	640
5. Conducta dolosa y consumación del delito: su aplicación al tema de la maternidad subrogada, no tanto por la nulidad del contrato sino por la dolosa alteración del estado civil.....	643
6. Algunas consideraciones en torno a la pena y concursos	645
III. LA OCULTACIÓN O ENTREGA DE UN HIJO DEL ART. 220.2 CP A LA LUZ DE LA POSICIÓN DE LA MADRE GESTANTE: EN EL CONVENIO NULO DE GESTACIÓN SUBROGADA	649
1. Consideraciones generales: la opinión de la doctrina en concreto BENÍTEZ ORTUZAR	649
2. La conducta típica: su aplicación al caso de la madre gestante en el convenio nulo de maternidad subrogada.....	650
3. Los sujetos activos y pasivos.....	654
4. El tipo subjetivo: eminentemente doloso, la consumación del delito y los concursos. ¿Podría ser extrapolable al contrato nulo de gestación subrogada?	657
IV. EL TRÁFICO DE MENORES. ART. 221 CP APARTADO 1. RELACIÓN CONCEPTUAL EN EL TEMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	660
1. Consideraciones generales	661
2. La intervención del facultativo que colabora en el contrato de gestación subrogada: La aplicación del art. 222 CP.....	666
V. SUSTITUCIÓN DE UN NIÑO POR OTRO Y SU INADECUACIÓN AL CASO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	670
VI. AGRAVACIÓN DEL DELITO CUANDO SE COMETE UTILIZANDO GUARDERÍAS, COLEGIOS U OTROS LOCALES O ESTABLECIMIENTOS DONDE SE RECOJAN NIÑOS.....	672

LA EVENTUAL RELEVANCIA PENAL DE LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA. EL ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO	673
EVA M ^a DOMÍNGUEZ IZQUIERDO	
I. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN LEGAL Y REAL.....	673
II. LA PROCREACIÓN “VOLITIVA” Y EL HECHO BIOLÓGICO: EL CONSENTIMIENTO	676
III. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA LTRHA Y LAS OTRAS OPCIONES “LEGALES”	679
IV. EL DERECHO PENAL ANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	685
1. La entrega del niño a través de un contrato de gestación subrogada. Situación <i>de lege data</i>	685
2. Otras incidencias del consentimiento de la madre gestante en materia penal.....	696
3. Interrogantes acerca del hipotético contrato gestacional. Especial referencia al consentimiento. Cuestiones de <i>lege ferenda</i>	705

ASPECTOS MÉDICOS, PSICOSOCIALES Y ÉTICOS

GENERALIDADES Y EPIDEMIOLOGÍA DE LA SUBROGACIÓN DE ÚTERO	715
DRA. M ^a VICTORIA APARICIO PRIETO	
I. ANATOMÍA DEL ÚTERO	715
1. Partes del útero	715
2. Localización	716
3. Función	716
II. INDICACIONES DE LA SUBROGACIÓN UTERINA	716
1. Indicaciones absolutas	717
2. Otras malformaciones uterinas	717
3. Indicaciones relativas	719
4. Otras indicaciones	720
III. CLASIFICACIÓN CLÍNICA DE LA SUBROGACIÓN.....	720
1. Sin vinculación genética:	721

2. Los dos gametos proceden de donantes o se recurre a embriones donados.....	721
IV. CONCLUSIONES.....	721
INDICACIONES MÉDICAS Y SOCIALES DE LA SUBROGACIÓN DE ÚTERO	723
DR VICENTE LÓPEZ VILLAVERDE	
I. INTRODUCCIÓN	723
II. INDICACIONES MÉDICAS.....	725
1. Alteraciones uterinas	725
2. Patología médica que contraindique la gestación	726
3. Fracaso de las Técnicas de reproducción asistida (TRA)	728
4. Peso de las distintas indicaciones médicas	728
III. INDICACIONES SOCIALES.....	729
IV. REQUISITOS DE LAS PAREJAS QUE SOLICITAN SUBROGACIÓN.....	730
V. CONCLUSIONES.....	731
PROCEDIMIENTO MÉDICO/EMBRIOLÓGICO DE LA SUBROGACIÓN DE ÚTERO	733
CARMEN OCHOA MARIETA	
I. INTRODUCCIÓN	733
II. INDICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN DE ÚTERO.....	734
III. TIPOS DE SUBROGACIÓN DE ÚTERO	734
IV. TRATAMIENTO MÉDICO	735
1. Subrogación de útero parcial.....	735
2. Subrogación de útero completa	735
V. PROCESO EMBRIOLÓGICO	740
1. Tratamiento de los óvulos	740
2. Preparación de los espermatozoides	740
3. Proceso de Fecundación In Vitro	741
4. Valoración de la fecundación.....	741
5. Desarrollo embrionario	741
6. Test genético preimplantacional (PGT-A).....	742
7. Test genético preimplantacional (PGT-M; PGT-SR)	743
8. Estudio de la carga mitocondrial	743

VI. TRANSFERENCIA DE EMBRIONES	744
1. Selección embrionaria	744
2. Transferencia embrionaria	744
VII. EMBARAZO DE LA MUJER GESTANTE	745
VIII. ALMACENAMIENTO DE LOS EMBRIONES SOBRANTES	745
IX. CONCLUSIONES.....	745
ASPECTOS PSICOLÓGICOS DE LOS/LAS USUARIOS/AS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y DEL RECIEN NACIDO.....	747
NAIARA AGUIRRE LÓPEZ	
I. INTRODUCCIÓN	747
II. ASPECTOS PSICOLÓGICOS ASOCIADOS A LA PARTE CONTRATANTE.....	747
III. FACTORES PSICOLÓGICOS DEL RECIÉN NACIDO	758
1. La forma en que los padres intencionales asumen todo el proceso de la gestación subrogada y la posterior paterni- dad/maternidad y crianza.....	758
2. Los aspectos psico-emocionales y de salud física que afec- tan a la madre gestante	759
3. El proceso de vinculación.....	761
IV. CONCLUSIONES.....	764
ASPECTOS PSICOSOCIALES DE LAS GESTANTES Y LOS/LAS DONANTES DE GAMETOS	765
ÁNGELA TORRENTS HUGUET	
I. INTRODUCCIÓN	765
II. LOS/LAS DONANTES	768
1. Motivación para la donación	769
2. Evaluación psicológica de los/las donantes	770
III. LA MUJER GESTANTE SUSTITUTA	771
1. Motivación para gestar	772
2. Aspectos psicológicos de la mujer gestante sustituta	774
3. Respuestas emocionales más frecuentes durante el embarazo	775
4. Trastornos psicopatológicos relacionados con el embarazo y el parto	776
5. Aspectos sociales	777
IV. CONCLUSIONES.....	777

VÍNCULOS Y CONTACTOS SOCIOAFECTIVOS DE LAS FAMILIAS ESPAÑOLAS CON GESTANTES POR SUSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS, CANADÁ Y UCRANIA	779
CONSUELO ÁLVAREZ PLAZA / ANA MARÍA RIVAS RIVAS / MARIA ISABEL JOCILES RUBIO	
I. INTRODUCCIÓN	779
II. ASPECTOS METODOLÓGICOS	785
III. FUNCIONES DEL TRABAJO REPRODUCTIVO	787
IV. DESEMPARENTAR Y EMPARENTAR: EL TRABAJO EMOCIONAL Y RELACIONAL	788
V. MODOS DE RELACIÓN: TIPO DE RELACIONES, FRECUENCIA Y DURACIÓN	790
VI. CONCLUSIONES	791
ASPECTOS ÉTICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	793
ROCÍO NÚÑEZ CALONGE	
I. INTRODUCCIÓN	793
II. INDICACIONES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	794
III. ÉTICA BASADA EN LOS PRINCIPIOS	795
IV. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	795
V. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	798
VI. PROBLEMAS ÉTICOS DERIVADOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	799
VII. PROPUESTA DEL GRUPO DE ÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD	800
VIII. EL PROCESO DELIBERATIVO	801
IX. CONCLUSIONES	802

DERECHO COMPARADO

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL.....	805
GUILHERME DE OLIVEIRA	
I. UM PRAZO MUITO CURTO PARA A GESTANTE SE ARRE- PENDER (ARTS. 8.º, N.º 8 E 14.º, N.º 4, LPMA)	806
II. INDETERMINAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA A AUTORI- ZAÇÃO PRÉVIA E SUPERVISÃO (ART. 8.º, N.º 4, LPMA)	812
III. INSUFICIÊNCIAS DO <i>REGIME DA NULIDADE</i> (ART. 8.º, N.º 12, LPMA).....	814
IV. O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS	818
V. CONCLUSÕES	822

MATERNIDAD SUBROGADA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

No es común acudir a la problemática jurídico penal que plantea la interrupción voluntaria del embarazo en relación con una hipotética legislación que permita el acuerdo de subrogación en la maternidad. De hecho, los textos articulados de propuestas de regulación que se han planteado en los últimos años en España solucionan el problema con una simple referencia a que la mujer gestante podrá libremente adoptar la decisión de interrumpir la gestación dándose las circunstancias recogidas en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Así lo reconoce, sin más, el artículo 6.2 de la proposición de Ley que en la última legislatura presentara el grupo parlamentario ciudadanos en el Congreso de los Diputados¹, y así lo recoge y el artículo 5 (apartados 3 y 4) de la propuesta de la Asociación por la Maternidad Subrogada en España² (si bien, esta impone una “cláusula penal” resarcitoria cuando la gestante opta por la interrupción de la gestación con los requisitos del artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo).

Por su parte, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce el derecho de la mujer embarazada –con un determinado procedimiento– a interrumpir voluntariamente el embarazo sin tener que dar explicaciones del porque lo hace. Esta interrupción del embarazo podrá hacerla en cualquier momento hasta las 14 semanas de gestación, con el único requisito de que su consentimiento sea informado, y hasta las 22 semanas en caso de que surjan determinadas anomalías en la gestación del feto. Esta L. O. 2/2010, de 3 de marzo, no distingue en ningún caso el origen de la gestación. Es aplicable tanto en una gestación cuyo inicio fue deseado, como en uno de los llamados “embarazos no deseados, de igual forma que es aplicable tanto para gestaciones que tienen origen en una relación sexual, como en aquellas que son el fruto de aplicar alguna de las técnicas de reproduc-

¹ Boletín Oficial de las Cortes generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura; serie B. Propositiones de Ley, 8 de septiembre de 2017.

² <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>.

ción asistida. Lo único que se exige es que la gestación haya comenzado y que se den los requisitos acerca del consentimiento informado y que la misma se produzca dentro de las 14 semanas de gestación, o que, en el caso del artículo 15 se interrumpa la gestación en los plazos y con las indicaciones médicas exigidas en el mismo.

La previsión de los artículos 14 y 15 de la L.O. 2/2010, esta concebida dentro de una estructura global que parte, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida de que la filiación se determina con el parto, de modo que –al margen de la procedencia biológica del material genético utilizado en la gestación– gestación y maternidad van íntimamente unidas.

No obstante, el simple planteamiento de la admisión de que pueda surgir efectos jurídicos “*erga omnes*” del acuerdo de subrogación en la maternidad, por el que una mujer gesta el hijo de otras personas, rompe con los parámetros sobre los que se ha construido el armazón jurídico en la materia. Así, en el caso de admitir la hipótesis de la maternidad subrogada, como señala el Comité de Bioética de España, obliga a cambiar la relación gestación-maternidad, en tanto que *“la gestación deja de verse como la primera etapa de la relación materno-filial, en la que se establecen unos vínculos fundamentales que perdurarán a lo largo de toda la vida y ofrecen la base más idónea para la construcción del vínculo materno-filial, y pasa a verse como un servicio que cualquier mujer puede prestar a otra o a un hombre, de forma desinteresada o lucrativa, pero sin especiales efectos negativos ni para ella ni para el niño que ha gestado, no cabe duda de que puede verse alterada en el hipotético caso en el que se admitiese la contratación de la maternidad por sustitución”*³.

Obviamente, un cambio legislativo en la concepción de la gestación como algo diferenciado jurídicamente de la maternidad, obliga también a plantear si las respuestas jurídicas previstas para una concepción de la gestación identificada con la maternidad, con independencia del origen y de material genético empleado, son válidas en una hipótesis en la que la maternidad subrogada sea un hecho, y la gestación no suponga relación jurídica alguna con el individuo que nazca tras su culminación. Ante ello, y centrándonos en la posibilidad de interrumpir la gestación en los plazos y con los requisitos objetivos recogidos en la L. O. 272010, de 3 de marzo, surgen interesantes cuestiones de no siempre fácil respuesta:

- ¿Qué ocurre cuando, dentro de los requisitos legales, los padres subrogantes deciden interrumpir la gestación?
- En el hipotético caso en el que tuviese un valor vinculante la decisión de la parte subrogante para imponer a la madre gestante la interrupción del embarazo, ¿qué ocurre ante una opinión contradictoria entre el padre subrogante y la mujer subrogante?
- ¿Sería vinculante la decisión de la mujer subrogante en el caso en el que no exista un acuerdo de voluntades entre los padres subrogantes, por el hecho de ser mujer?

³ INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. Madrid, 19 de mayo de 2017.

- ¿Podría ser vinculante la decisión del padre subrogante, en tanto que en el proceso de gestación la mujer gestante porta parte de su material genético?
- ¿Deben decidir los padres subrogantes aun en aquellos casos en los que el material genético proceda de donante anónimo?
- ¿Qué ocurre, por el contrario, cuando dentro de los requisitos legales es la madre gestante la que decide interrumpir el embarazo?
- ¿Basta con aplicar lo que se estipule en el ejercicio de la autonomía de la libertad en el contrato de gestación acordado entre las partes contratantes?
- ¿Qué ocurre y que efectos tiene la revocación del consentimiento una vez iniciada la gestación?
- ¿El derecho a decidir la gestación y, con ello, su desarrollo hasta el parto, forma parte del derecho fundamental a la libertad e la mujer gestante? ¿Se puede renunciar a un derecho fundamental?
- ¿Qué ocurre cuando la mujer gestante no supera la presión de gestar el desarrollo de material genético ajeno y decide renunciar a la gestación, a pesar de haber superado todo el proceso psicológico previo a la adopción del acuerdo de gestación?

Por otra parte, en la hipótesis de que los padres contratantes decidan suspender el proceso de gestación, pueden plantearse dos hipótesis:

- Que la renuncia se produzca antes de la transferencia de los embriones con los que se iba a desarrollar la gestación gestante. En cuyo caso la interrupción del proceso no supone mas que un incumplimiento contractual cuya solución podría estar bien ubicada en el ámbito civil (indemnización). La gestación no ha comenzado, por lo que no plantea problemas relativos a la aplicación de la Ley 2/2010, de 3 de marzo.
- Que la renuncia se produzca después de la transferencia de los embriones. ¿Quién decide?
- ¿Es posible incluir en el contrato de gestación por sustitución “la renuncia expresa del derecho de la mujer gestante a interrumpir voluntariamente la gestación, en los términos cuyo ejercicio le garantiza la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo”? ¿Que eficacia tendría una clausula de estas características?
- ¿Es posible incluir en el contrato de gestación por sustitución “el derecho de los padres subrogantes a decidir sobre la interrupción de la gestación de la mujer gestantes”, en tanto que el futuro individuo será “hijo” suyo y no de la madre gestante?
- ¿Quién decide la continuación de la gestación en casos de que surjan anomalías fetales en su desarrollo?
- ¿Cómo se regula la filiación en el caso en el que, reconociendo la capacidad para decidir la interrupción de la gestación a la parte subro-

gante, la mujer gestante decide continuar con la gestación en contra de la decisión de la parte subrogante?

Son múltiples las interrogantes que pueden plantearse en relación con la decisión para continuar la gestación tras un contrato de subrogación, en tanto que, aún con un detallado convenio entre las partes, las decisiones posteriores tomadas por la mujer gestante son decisiones que toma sobre su propio cuerpo, y suponen la materialización del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, lo cual incluye también el derecho a revocar el consentimiento dado para actos futuros sobre su cuerpo.

No debe olvidarse, por tanto, que durante todo el periodo temporal que dura la gestación se “juega” sobre los límites de un derecho fundamental cuya titularidad corresponde en exclusiva a la mujer gestante. Lo que lleva a plantear problemas que, al margen de la moral o la ética, afectan directamente al Derecho positivo. Al respecto, el punto de partida debe ser el del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo como un derecho exclusivo de la mujer gestante, recogido así tras una larga y controvertida lucha de la mujer por sus derechos en las últimas décadas hasta llegar a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de la salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, al plantear la admisión de la maternidad por sustitución o subrogada es obligado plantear la titularidad para consentir la interrupción de la gestación, y si es necesario distinguir la situación de la mujer que queda embarazada por cualquier forma (sexual o por aplicación de una técnica reproductiva asistida) de su propia descendencia, de la situación de la mujer que contrata la cesión de su cuerpo para gestar la descendencia de otros, en cuyo caso habría que considerar a ésta como un simple vehículo para la supervivencia de una vida que le es ajena.

Obviamente, si en el caso de la existencia de un contrato de gestación por sustitución la mujer gestante decide interrumpir la gestación de motu proprio, y de ello derivase –por un incumplimiento contractual– la obligación de resarcir los gastos generados a la parte subrogante por el proceso y la indemnización por la pérdida del hijo que esperaban tener y que la conducta de la gestante ha impedido, al margen de unos hipotéticos daños morales por no poder ver realizados sus deseos de tener un hijo, se puede estar entrando en la cosificación y la mercantilización del cuerpo de la mujer. En definitiva, limitar a una cuestión económica, propia del Derecho privado, la responsabilidad por el incumplimiento contractual, sin dejar de perder la gestante el derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, habría que compatibilizarlo con el ejercicio de libre disposición de su propio cuerpo.

Realmente la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no exige a la mujer embarazada unas razones tasadas para permitirle dentro de los plazos marcados, interrumpir el embarazo, y aunque no lo califica expresamente como el ejercicio de un Derecho fundamental, si le garantiza su ejercicio en los términos y con los requisitos recogidos en los artículos 14 y 15 del texto legislativo. De tal modo,

que con la admisión de cláusulas penales en los contratos civiles de gestación por sustitución, su ejercicio se vería condicionado por razones económicas, en tanto de su materialización derivaría una responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados a la parte subrogante por la mujer gestante. En definitiva, el ejercicio del derecho a decidir sobre su propio cuerpo durante la gestación por parte de la gestante quedaría sujeto a lo estipulado en el contrato privado de gestación subrogada. En este sentido, incluso en el contrato se podrían incluir las razones que permitirían a la gestante interrumpir la gestación sin que de dicha interrupción surgiera la obligación de indemnizar a la parte subrogante.

Esto lleva necesariamente a cuestionarse si el contrato de subrogación realmente lo que implica es una renuncia al derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la gestante. En realidad colisionan dos intereses que pudieran ser contrapuestos, por una parte, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que es reconocido por la Ley Orgánica 272010, de 3 de marzo, exclusivamente a la mujer gestante; de otro lado, los efectos derivados de la subrogación de la maternidad parecen dirigidos a garantizar los derechos de la parte subrogante y, no se olvide, de las empresas dedicadas a este tipo de prácticas reproductivas.

Otro problema que surge es el relativo a la capacidad para decidir continuar con la gestación en caso de que surjan anomalías en el feto. ¿Quién decide? ¿Qué ocurre si la gestante decide continuar con la gestación del material genético de terceros contra la voluntad expresada por la parte subrogante? Al margen de la determinación de la filiación del sujeto que llegará a nacer, ¿podría imponerse la interrupción del embarazo a la mujer que gesta el hijo de otros en estos casos?

Por otra parte, ¿hay que hacer una legislación específica en materia relativa a la interrupción del embarazo de la mujer gestante diferenciada de la existente que parece prevista para la gestación iniciada por vía sexual? En caso afirmativo, ¿esa hipotética legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo, debe tener tratamiento cuando esté el resultado de la ejecución de los acuerdos alcanzados en un contrato de gestación por sustitución sea comercial o sea altruista?; ¿podría considerarse la actividad comercial como una cierta “profesionalidad” en la que decide la gestante y la subrogada está obligada a aceptar al hijo nacido con determinadas taras, salvo que así lo dispusiese expresamente el contrato de subrogación?; ¿es posible seguir afirmando que no se está negociando con el cuerpo de la mujer gestante como simple objeto del convenio?

En definitiva, una serie de interrogantes a los que, en el caso de regular la contratación de gestación subrogada, deberán tener prevista una respuesta previa y cierta y que, dotada de seguridad jurídica, respete la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer que va a “ceder” su cuerpo para gestar la descendencia de terceras personas, con lo que ello implica física, psíquica y emocionalmente en cada una de las etapas del procedimiento hasta el nacimiento.

II. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y MATERNIDAD SUBROGADA. ANALISIS DE LEGE DATA

El camino seguido a lo largo de la historia hasta llegar a la L.O. /2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no ha sido un camino de rosas para garantizar el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. La despenalización de determinados supuestos de la interrupción voluntaria del embarazo en la legislación española es relativamente reciente, habiéndose alcanzado –siempre con grandes dificultades– sólo en las últimas década, y no siempre ha sido una decisión adoptada en el ámbito de la libertad de la mujer embarazada. Así, sólo con la reforma del Código penal (texto refundido de 1973) de 1985⁴, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985⁵, se incluyen algunas indicaciones que –si concurren en unos plazos determinados de la gestación– abrían parcialmente la puerta a la despenalización de la interrupción voluntaria a petición de la mujer gestante. Ahora bien, sólo la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo deja claramente en el ámbito decisorio de la mujer gestante la decisión de continuar o no con la gestación, en unos plazos determinados. Es decir, en la primera fase de la gestación, será prioritario en todo caso la decisión de la mujer gestante que, por las razones que ella considere adecuadas, el derecho a la autodeterminación de la mujer y de decidir sobre su propio cuerpo. Lo alcanzado en la última década respecto a capacidad, con la admisión de pactos previos al inicio de la gestación, no tendrá efectos jurídicos sin una norma jurídica que expresamente los determine. Incluso de haber una norma en este sentido sería discutible su constitucionalidad.

La vigente L.O. 2/2010, de 3 de marzo, parte –como inicia su preámbulo– del estrecho vínculo entre la capacidad de procreación y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, con la decidida protección de este ámbito tan íntimo de la autonomía personal de la mujer. El legislador no ignora la obligación que asiste al Estado de garantizar la vida del nasciturus desde el inicio de la gestación hasta el nacimiento. En esa dicotomía de intereses que pudieran verse contrapuestos en algún momento regula por primera vez en España un sistema de plazos en el que dentro de las primeras catorce semanas de gestación se garantiza el derecho de la mujer a acceder a la interrupción de la gestación, si bien, previa información de las razones que asisten al Estado para tutelar la vida del nasciturus. En definitiva, como se ha denominado, el modelo del consentimiento informado.

La L.O. 2/2010, de 3 de marzo, está concebida para una identificación entre gestación –como proceso fisio-biológico en el que se desarrolla el fruto de la concepción en el seno de la mujer gestante hasta el nacimiento– y maternidad –como relación jurídica de filiación entre la mujer y el ser humano que llega a nacer–, esto es, desde la perspectiva del principio romano “mater certa est”.

⁴ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 117bis del Código Penal (BOE núm. 166, de 12 de julio de 1985).

⁵ BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985.

Por otra parte, para analizar la situación de lege data en un hipotético contrato de maternidad subrogada en el que la gestante decidiera interrumpir voluntariamente el embarazo, hay que acudir a la regulación de la maternidad subrogada que hace la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Llegados a este punto, en la actualidad, la situación vigente deriva de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Al respecto, el artículo 10 de la Ley 14/2006, afronta expresamente la gestación por sustitución en los siguientes términos: “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”; para, a continuación de forma taxativa sentencie: “2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”⁶.

Con esta fórmula este artículo 10 de la Ley 14/2006 despeja cualquier duda acerca de los efectos jurídicos derivados de un hipotético contrato de maternidad subrogada o de maternidad por sustitución, declarándolo nulo a todos los efectos en España un contrato de dicha naturaleza, aclarando en el apartado segundo que en todo caso la filiación se determina por el parto⁷. Con esta fórmula parece que el legislador español manifiesta su voluntad de mantener el aforismo romano “mater certa est” también en materia de reproducción asistida, es decir, en tema de filiación, respecto de la madre se consolida un mandato de certeza, tanto para la reproducción sexual o asistida. Es cierto, que ese mandato de certeza no puede afirmarse por una continuidad biológica, en tanto que la propia Ley 13/2006 regula la procreación con donación de óvulos, lo que dará lugar a la discordancia entre la “filiación biológica” y la “filiación jurídica”, siendo esta última la única con efectos sociales y jurídicos. Al respecto, la certeza materna la fija el legislador español en la gestación, culminada con el parto. La rotundidad con la que se establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, impide cualquier otro planteamiento.

Así, si maternidad y gestación coinciden en la misma mujer, sólo ésta, la mujer gestante será la que tendrá la capacidad de decisión en los supuestos determinados en la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, tanto en los casos del artículo 14 como en los casos del artículo 15.

Al respecto, resulta meridianamente claro, estando prohibido el contrato de maternidad por sustitución, sin que surja ninguna relación jurídica entre la parte

⁶ El artículo 10.3 de la Ley 13/2006, dispone lo siguiente: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁷ Otra cosa será la solución que en el plano jurídico-civil, a efectos de inscripción en el Registro Civil haya que dar a situaciones de facto llevadas a cabo en otro Estado en el que dicho acuerdo de gestación por sustitución sea admitido en Derecho.

subrogante y el fruto de la gestación, en ningún caso (sea cual sea el origen del material genético utilizado), la única persona con capacidad para decidir la interrupción de la gestación en los términos incluidos en los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010 es la mujer gestante. Sólo y exclusivamente a ella le garantiza el artículo 12 de dicho texto legislativo el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que determina dicha Ley. Dicha garantía exige que las condiciones para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo se interpreten en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la gestante que solicita la interrupción, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Téngase en cuenta que ni el artículo 14 ni el artículo 15 LO 2/2010, de 3 de marzo, hacen referencia al origen del embarazo. Especialmente relevante es el artículo 14 de dicho texto legislativo, en tanto en cuanto que recoge el sistema de consentimiento informado de la mujer embarazada que quiere interrumpir la gestación, no exige entre los requisitos un determinado origen sexual del inicio de la gestación.

Con la regulación jurídica vigente cualquier cláusula relativa a un hipotético resarcimiento por daños y perjuicios causados por la decisión de la gestante de interrumpir el embarazo que se pudiera incluir en un contrato de maternidad por sustitución no tendría efecto alguno, en tanto que el propio contrato en sí mismo es nulo de pleno derecho.

III. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y MATERNIDAD SUBROGADA. ANALISIS DESDE LA VIGENCIA DE UNA HIPOTÉRICA LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

Uno de los grandes problemas a los que se enfrenta la opción por admitir la maternidad subrogada y que puede tener efectos en el Derecho penal es el de la titularidad de la capacidad para otorgar el consentimiento ante una hipotética interrupción voluntaria del embarazo en los términos recogidos en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Como se ha apuntado anteriormente, ésta esta concebida para una identificación entre gestante y madre, mientras que en la maternidad por subrogación el concepto de madre y las relaciones jurídicas que de ella se derivan aparecen segregadas de la gestante.

Al respecto, recuerda el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1607/2008, de 16 de abril, “reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo, y en este contexto, a que la decisión última de acudir o no a un

aborto corresponda a la mujer interesada”⁸. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los términos recogidos en los artículos 14 y 15 de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, que reconoce expresamente a la mujer gestante el artículo 12 del texto legislativo. El mismo preámbulo señala más adelante que dejar un plazo de tiempo, en este caso catorce semanas tras el inicio de la gestación, “en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina <<autodeterminación consciente>>, dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la libertad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución”⁹. En definitiva, aún partiendo de una identificación previa entre gestante y posterior maternidad, lo cierto es que todas las referencias legislativas dirigidas a una posible interrupción de la gestación están dirigidas a garantizar el acceso a la misma por la mujer gestante.

Pasado dicho periodo, la regulación legal española en materia de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo prevé la posibilidad de que la mujer decida continuar o no con la gestación entre el periodo comprendido entre las 14 semana desde el inicio de la gestación y la vigésimosegunda semana, siempre “que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada” o “que exista riesgo de graves anomalías en el feto”¹⁰. “Mas allá de la vigésimo segunda semana, la Ley configura dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo”, que “se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida” o “que se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”¹¹. Es decir, como no puede ser de otra manera, sigue haciendo referencia en todos los casos a la mujer gestante.

Para más reforzamiento de la titularidad de la mujer gestante para consentir la interrupción voluntaria el embarazo, la Ley 2/2010, de 3 de marzo, incluso reforma el artículo 145 CP “con el fin de limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley eliminando la previsión de la pena privativa de libertad”¹².

Dentro de su articulado la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, recoge en su artículo primero que el objeto de la misma es “garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva...” y en su artículo segundo,

⁸ Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, apartado II, párrafo cuarto.

⁹ Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, apartado II, párrafo sexto.

¹⁰ Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, apartado II, párrafo octavo.

¹¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, apartado II, párrafo noveno.

¹² Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, apartado II, párrafo decimosegundo.

apartado c), dentro de las definiciones, define la salud reproductiva como “las condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuando tenerlos”.

Los preceptos citados podrían plantearse desde dos perspectivas. Una primera, la correcta, referente a cualquier momento y circunstancia que afecte a la capacidad reproductiva de una mujer, sea por vía sexual, sea por medio de cualquier técnica de reproducción natural o asistida (ésta última en sus distintas variables); una segunda interpretación, en mi opinión contraria al derecho a la autodeterminación de la mujer y al libre desarrollo de la personalidad, sería aquella que vincularía la salud reproductiva en los términos de la Ley Orgánica 2/2010 exclusivamente a la gestación que tiene su origen en una relación sexual quedando, en este caso, cuando el origen del inicio de la gestación tiene su origen en la aplicación de alguna técnica en la mujer gestante con material genético ajeo en el marco de una hipotética Ley que desarrolle la maternidad subrogada y del específico convenio de gestación por sustitución todas las obligaciones a las que se somete la mujer gestante, entre los que se podría incluir la renuncia a las garantías de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo del artículo 12 L.O. 2/2010. Obviamente parece que ésta última opción sería contraria a libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.2 CE, en tanto que implicaría la irrenunciabilidad del consentimiento durante todo el proceso de la gestación.

En cualquier caso, debe tenerse presente que el Capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, donde se incluye la regulación acerca de la interrupción del embarazo a petición de la gestante¹³, en tanto que desarrolla el ejercicio de derechos fundamentales, tiene carácter de Ley Orgánica, debiendo, por tanto, cualquier modificación o regulación que afecte a los mismos tener el mismo rango normativo.

Por otra parte, habría que distinguir las obligaciones derivadas del contrato de gestación oneroso o lucrativo.

La admisión del contrato oneroso parte de que la mujer gestante recibe una contraprestación económica por llevar a cabo la gestación del hijo de terceros, al margen de los gastos inherentes a la propia gestación. La admisión de la subrogación de la maternidad solidaria parte de un acto altruista de la gestante, que sólo podrá ser resarcida por los gastos propios de la gestación.

Teniendo en cuenta que la gestación por sustitución onerosa parece está descartada por completo en España, por suponer la regulación jurídica de las relaciones comerciales que tienen como objeto de comercio el cuerpo de la mujer gestante, se debe analizar las posibilidades que se plantean, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo en la maternidad por sustitución o subrogada, atendiendo a los textos articulados que de alguna forma se han planteado en España. Esto es, la Proposición de Ley reguladora del Derecho a la gestación por

¹³ Los artículos 12 y siguientes los que se ha aludido con anterioridad.

subrogación presentada en el Congreso de los Diputados por Ciudadanos y en la pasada legislatura, de otro, lado, el texto articulado propuesto por la Asociación por la maternidad subrogada en España.

IV. PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN (122/000117)

En la pasada legislatura el Grupo parlamentario Ciudadanos presentó en el Congreso de los Diputados para su tramitación la “proposición de Ley reguladora del derecho de gestación por subrogación”,¹⁴ si bien la disolución del parlamento provocó la caducidad de la iniciativa¹⁵.

Dicha proposición de Ley partía de un hipotético “derecho a la gestación por subrogación, entendiendo por tal, el que asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para construir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en razones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales”¹⁶. Es decir, esta propuesta de regulación permitiría exclusivamente la regulación solidaria.

En su artículo 2, la propuesta legislativa diferencia entre “mujeres, madres, padres y de los niños”, mientras que el artículo 3, recoge las definiciones, a efectos de esta Ley, en cuyo apartado b) define la <<mujer gestante por subrogación>>, estableciendo que es “es la mujer que, sin aportar material genético propio, consciente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer”; mientras que por <<progenitor o progenitores subrogantes>>, considera “la persona o personas que acceden a la paternidad o a la maternidad mediante la gestación por subrogación, aportando su propio material genético”.

La propuesta de Ley en cuestión limita la condición de la mujer gestante por subrogación a gestar el hijo o hijos del padre/madre/padres/madres, que serán los progenitores subrogantes.

Ahora bien, el artículo 6.1 de la proposición de Ley presentado por el Grupo Parlamentario Ciudadanos recoge entre los derechos de la mujer, el derecho a gestar sin aportar material genético propio, mediante un contrato de gestación por sustitución, el hijo o hijos de del o de los progenitores, para –a continuación–

¹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B. Propositiones de Ley, 8 de septiembre de 2017.

¹⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D. General, de 27 de marzo de 2019.

¹⁶ Exposición de Motivos de la Proposición de Ley reguladora del Derecho a la gestación por subrogación, III, párrafo primero y artículo 1.

en el apartado segundo del mismo artículo 6 afirmar que “las disposiciones de la presente Ley ni modifican, ni derogan los derechos que a la mujer le reconoce la legislación general, en particular, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo”.

De lo anterior, parece deducirse respecto de la mujer gestante, que dicha propuesta legislativa sigue admitiendo que la capacidad para consentir la interrupción de la gestación esta garantizada a quien gesta el fruto de la fecundación, siendo ésta –en los términos expuestos en los artículos 14 y 15 de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, expresión del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, la vida, la integridad física y moral, la libertad ideológica y la no discriminación.

Ahora bien, de otro lado, cuando el artículo 9 de la proposición de Ley de Grupo Parlamentario Ciudadanos recoge en su apartado segundo las determinaciones que, como mínimo, ha de tener el contrato de gestación por subrogación, incluye la exigencia del “consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes”. La inclusión de la exigencia del consentimiento de la mujer gestante informado, libre y expreso para llevar a cabo la gestación por sustitución conlleva una serie de obligaciones a las que se someten las partes, entre ellas, las de llevar a término la gestación. El problema surge cuando dicho artículo 9 incluye como requisito para materializar la gestación subrogada la irrenunciabilidad del consentimiento, lo cual –para tener eficacia práctica– implica la renuncia al ejercicio del derecho que asiste a la mujer gestante a interrumpir de forma unilateral la gestación del hijo de la parte subrogante. Al respecto, la proposición legislativa en cuestión plantea una clara contradicción entre la vigencia de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y la exigencia e la irrevocabilidad del consentimiento prestado en el contrato de gestación de subrogación, el cual va dirigido necesariamente a finalizar la gestación del hijo de otros¹⁷.

De llegar a ser vigente una regulación en los términos expuestos, parece que lo dispuesto en el artículo 12 y siguientes de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria el embarazo, como expresión del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, sería de aplicación preferente respecto de la aplicación de la irrenunciabilidad al mismo exigido en una hipotética ley en los términos de la proposición legislativa en estudio. No tiene sentido afirmar la vigencia de todos los derechos que asisten a la mujer gestante, incluyendo expresamente lo regulados en la legislación vigente relativa a la interrupción voluntaria del embarazo y, al mismo tiempo, obligar a impedir la renuncia al consentimiento prestado para llevar a término la gestación. Por lo que el requisito de la irrenunciabilidad del consentimiento prestado quedaría exclusivamente afectos de la renuncia a cualquier ejercicio de acción alguna de filiación tras el término de la gestación con el nacimiento.

¹⁷ Como se ha señalado: “‘Si la decisión sobre la vida del nasciturus queda en manos de los comitentes, se adueñan del cuerpo de la madre durante el embarazo... El segundo modo... deja margen a la libertad de la mujer. No se acepta que nadie, distinta a ella, decida sobre la vida del nasciturus”, Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 19 de mayo de 2017, página 35.

La solución consistente en que en estos casos surgirá la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados a los subrogantes contratantes en vía civil, por una hipotética interrupción voluntaria del embarazo de acuerdo y con los requisitos cuyo ejercicio le garantiza la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, da lugar a la admisión de una mercantilización y cuantificación económica del ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la gestante, lo cual no es compatible con la propia concepción de la irrenunciabilidad del Derecho fundamental.

Obviamente, en estos casos la mujer subrogante no tiene disponibilidad alguna para decidir la interrupción voluntaria del embarazo, pues esta ocupa el mismo rol en el desarrollo de la gestación que el que ocupa el varón en cualquier modalidad de gestación. La L.O. 2/2010, de 3 de marzo, no distingue al respecto si la garantía del ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo –con los requisitos reconocidos por la Ley– si es aplicable a un caso en el que una mujer gesta para sí, cuando se trata de una gestación para terceros, ni al origen del material genético utilizado (propio o de terceros). Sólo la mujer embarazada, es decir, la mujer gestante, puede interrumpir voluntariamente el embarazo en los términos y condiciones recogidos en los artículos 14 y 15 de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo.

Por otra parte, en la propuesta de Ley presentada por el grupo parlamentario ciudadanos, dentro de catálogo de infracciones graves que incluye en el artículo 24 b), en su apartado segundo incluye “la participación en el proceso de gestación por sustitución de la mujer gestante cuando ésta incumpla negligentemente los requisitos u obligaciones establecidas en el artículo 7”, lo cual necesita de una interpretación pausada. El artículo 7.1¹⁸, por su parte, incluye los requisitos que debe cumplir la mujer gestante para poder participar en el contrato de gestación por subrogación, los cuales, en principio no plantean problemas, pues son requisitos que se exigen a la mujer en el momento de adquirir el compromiso de la gestación del hijo de terceros. Ahora bien, el problema comienza a plantearse cuando el apartado 2 de dicho artículo 7, de la propuesta legislativa, obliga a la

¹⁸ 1. La mujer gestante por subrogación deberá cumplir los siguientes requisitos:

Ser mayor de 25 y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito.

Plena capacidad jurídica y de obrar.

Tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto de las exigencias fijadas a los donantes.

Tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos.

Haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad.

Disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad.

Poseer la nacionalidad española o residencia legal en España.

No tener antecedentes penales.

No tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol.

No haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad.

mujer a mantener algunos de dichos requisitos durante todo el periodo de la gestación: en concreto los recogidos en los apartados c) (“tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto de las exigencias fijadas a los donantes), d) (“Tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos”), f) (“Disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad”), h) (“no tener antecedentes penales”) y j) (“No haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad”). Al margen de lo absurdo de alguna de ellas como la recogida en el apartado j), pues difícilmente una mujer que no había sido gestante con anterioridad al inicio de la gestación, podrá serlo durante la gestación, situación absurda que da que pensar que lo que la propuesta legislativa quiso hacer fue referirse al apartado i), en lugar del j), relativo a “no tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol”.

Además, el apartado 3 de este artículo 7, de la propuesta legislativa en cuestión, obliga a la mujer gestante a someterse “en todo momento”, a las pruebas psicológicas y medicas “para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos”.

Si a todo lo anterior se suma la tipificación como infracción administrativa grave del artículo 24.b.2) la participación en el proceso de gestación por sustitución con el incumplimiento “negligente” de estas obligaciones, lo que se está imponiendo a la gestante durante, al menos, nueve meses es la obligación de estar sana física y psíquicamente, de no padecer procesos de depresión o desórdenes psíquicos, de disponer de una situación socioeconómica adecuada, no tener ningún episodio del que derive responsabilidad penal y no –si es así– tener una negligencia con el alcohol o con drogas. Para la propuestas de ley planteada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el incumplimiento poco diligente de estas obligaciones daría lugar a la imposición a la mujer gestante de una multa de 1001 a 10.000 euros, es decir, el tener una actitud poco diligente con su propia salud, el ponerse en una situación que pudiera derivarle en un proceso de depresión o el tomar alguna decisión que pudiera hacerle cambiar el estado socioeconómico durante la gestación derivaría en la realización de esta “sui generis” infracción que tipifica actuaciones imprudentes de la mujer gestante. Esta relación jurídico-administrativa a la que se somete la mujer gestante respecto de hechos íntimos y que impone a la mujer una determinada forma de vida durante el periodo que dura la gestación, suponen un atentado inadmisibles a la libre autodeterminación de gestante y la misma dignidad humana. El sometimiento a un hipotético contrato de gestación por subrogación no puede imponer modos de vida a la mujer gestante, aún más, no puede imponer obligaciones de actuaciones prudentes con su estado socioeconómico y sancionar a la misma por el hecho realizar alguna conducta que pudiera dar lugar a la comisión de un ilícito penal durante la gestación, de cualquier naturaleza. Una tramitación parlamentaria lógica y coherente haría desaparecer este catalogo de infracciones y sanciones administrativas en una regulación de la que sólo deben derivarse derechos y obligaciones jurídico-civiles

acordes a los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional y en los textos internacionales¹⁹.

V. PROPUESTA DE LEY DE LA ASOCIACIÓN POR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

En un sentido parcialmente distinto, hace unos años la Asociación por la Maternidad Subrogada en España hizo publica una especie de propuesta de Ley articulada de gestación subrogada. En la misma línea que la propuesta que presentara el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso, esta propuesta parte de la imposibilidad de impedir el acceso de la mujer gestante a la interrupción voluntaria del embarazo en los plazos y requisitos que le garantiza la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, en tanto que –como se ha dicho– ese derecho forma parte del derecho a la libre autodeterminación de la gestante propio del libre desarrollo de su personalidad, su integridad, y, en definitiva, su dignidad. No obstante, en su artículo 5, donde regula algunas relaciones surgidas entre la transferencia embrionaria y el parto, recogía (en sus apartados 3 y 4) lo siguiente:

“3.- Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante por sustitución podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley.

4.- Si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del embarazo por las causas previstas en el artículo 14 de la referida Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación”.

En este caso, es la propia propuesta legislativa la que incluye “de oficio” la “cláusula penal” resarcitoria respecto de los daños u perjuicios causados cuando la mujer gestante decida interrumpir voluntariamente la gestación dentro de las catorce primeras semanas de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 14 de la Ley orgánica 2/2010. Es decir, se le garantizaría el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sin penalización a la mujer gestante siempre que concurrieran las causas médicas del artículo 15 de la L.O. 2/2010. No obstante, acertadamente, la propuesta legislativa no incluye ningún tipo de infracciones y sanciones administrativas respecto de determinado incumplimientos por parte de

¹⁹ Téngase en cuenta que el propio Código penal al tipificar el aborto imprudente excluye expresamente de esta modalidad delictiva a la mujer embarazada (artículo 146, párrafo tercero, C.P).

la gestante, pues al admitir sólo la gestación altruista y solidaria, de su incumplimiento sólo derivaría una responsabilidad civil por el incumplimiento de lo acordado, con el resarcimiento de los gastos ocasionados y los de los daños y perjuicios originados a la parte subrogante.

Lo importante de la propuesta es que no afecta para nada a la vigencia de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, manteniendo en todos los casos la garantía del acceso a la interrupción del embarazo en los términos previstos en la Ley en exclusiva a la mujer gestante. Si ésta adopta la decisión de interrumpir el embarazo por alguna de las causas médicas del artículo 15 de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de decisión no se derivará obligación alguna para con la parte subrogante. Ahora bien, la cláusula penal, de naturaleza civil recogida en el artículo 5.4 de la propuesta legislativa de la Asociación por la maternidad subrogada en España, sin afectar a las consecuencias penales y sancionadoras administrativas derivadas de la decisión de interrumpir el embarazo en aplicación del artículo 14 de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, podría afectar al ejercicio de la libertad de autodeterminación de su propio cuerpo de la mujer gestante.

VI. CONCLUSIONES Y TOMA DE POSTURA

La sociedad organizada, en materia de derechos reproductivos requiere de normas que doten al ciudadano de seguridad jurídica. La decisión puede ir en uno u otro sentido, pero no puede quedar al criterio discrecional de un interprete de una norma jurídica indeterminada. Las relaciones jurídico-civiles derivadas de la reproducción deben estar dotadas de seguridad jurídica. En este sentido, la opción por la que opta la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, es determinante: es nulo el acuerdo de maternidad subrogada y la filiación del nacido por estas técnicas se determina siempre por el parto, con todas las relaciones jurídicas que de ello se derivan. Y en materia de interrupción voluntaria del embarazo, no cabe duda de que la garantía que del mismo se recoge en los artículos 12 y siguientes de la L.O. 2/2010, de 3 de enero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, es exclusiva de la mujer gestante, al margen del como y porqué del inicio de la gestación.

Ahora bien, una opción futura por una hipótesis de regulación de la maternidad subrogada, donde el desarrollo del embarazo se desligue de la maternidad, en el que de la gestación no se derive relación de filiación alguna, y que ésta se afirme de la parte que contrata la gestación con la mujer a la que se le transfiere un material genético ajeno hasta el nacimiento, debe abordar claramente determinados aspectos relacionados con la titularidad de la capacidad para interrumpir voluntariamente el embarazo, y de las consecuencias jurídico-penales que de ellas se derivan. Al respecto, deben establecerse algunas puntualizaciones:

1. Debe excluirse, en todo caso, la subrogación de la maternidad onerosa. Es decir, la gestación por sustitución a cambio de dinero implica la mer-

cantilización del cuerpo de la mujer, siendo sometido el mismo a las reglas del mercado, con la lesión a la inviolabilidad humana que ello supone. Dicho planteamiento supera con creces el que pudiera plantearse con la prostitución libremente admitida, en tanto que en ésta el consentimiento de la persona dedicada a la prostitución llega hasta donde su titular quiere y hasta el momento que quiere; sin embargo, la gestación por sustitución a cambio de dinero implica, necesariamente, el sometimiento a una dependencia económica de la mujer gestante durante toda la gestación, al margen de todas las situaciones físicas, psíquicas, emocionales o sociales que pudieran surgir en los distintos periodos desde la transferencia embrionaria hasta el parto que se verían fuertemente sesgados por la amenaza de la contraprestación económica existente y las consecuencias en la persona gestante que pudieran derivarse de un posible incumplimiento contractual de tipo mercantil. De este modo sólo podría plantearse una legislación que aceptase la maternidad por sustitución solidaria.

2. Partiendo de que para poder compatibilizar una posible despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo con una legislación permisiva con la maternidad subrogada sólo sería posible desde una perspectiva solidaria y altruista de la gestante, debe garantizarse que sólo ésta es a la que se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo de acuerdo a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, o cualquier otra que la sustituya. Ella es la que está embarazada y ella es la que tendrá que decidir sobre la actuación sobre su propio cuerpo y el libre desarrollo de su propia personalidad. No cabe incluir en una hipotética Ley sobre la maternidad subrogada la irrevocabilidad de un consentimiento futuro con efectos físicos, psíquicos, emocionales o sociales, de quien prestó el consentimiento en un momento previo al inicio de la gestación. Cualquier otra opción implicaría una violación del derecho fundamental a la libertad de actuación de la mujer gestante y al libre desarrollo de su personalidad, forzando de coactiva el alcance de su acto solidario y altruista.
3. La parte contratante subrogante, debe asumir el riesgo de que durante el embarazo la madre gestante pueda decidir acudir a su interrupción en los términos determinados en la Ley Orgánica que regule a la interrupción voluntaria del embarazo. La solidaridad no puede ser considerada una mercadería cuantificable económicamente. Por mucho análisis psicológico que se realice a la mujer gestante previo a la transferencia de material genético que dará inicio a la gestación, el como se desarrolle la misma y como afecte ello física y psíquicamente a la gestante es una condición futura e incierta que debe ser asumida por la parte subrogante.
4. En el caso anterior, dentro de la información que se debe dar a la gestante antes de la interrupción del embarazo debe incluirse la relativa a

la existencia del contrato de gestación subrogada previamente firmado, cuando el mismo se da en el caso del artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo; es decir, dentro de la información previa a la emisión del consentimiento de la gestante que accede a la interrupción del embarazo en los términos fijados en la Ley de be incluirse las derivadas del acuerdo de gestación por subrogación previamente aceptado. Si bien, en todo caso la decisión de continuar con la gestación debe seguir siendo exclusiva de la gestante, sin que de su ejercicio pueda derivarse una obligación de contraprestación económica. Situación de relativa incertidumbre que deben asumir los subrogantes, como asume, por ejemplo, el progenitor masculino en el caso de una gestación sexual en una pareja llamémosle “convencional”.

5. Igualmente sucede con la posibilidad de interrumpir la gestación por causas médicas tasadas en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. No debe caber duda alguna de que la capacidad para decidir la interrupción de la gestación entre la 14 y la 22 semanas señaladas en el texto legislativo, en los casos en los que exista grave riesgo para la vida de la embarazada. Situación que también debe predicarse para los casos en los que dentro del mismo plazo se determine el riesgo de la existencia de graves anomalías en el feto.
6. En el caso anterior, se podría plantear el supuesto de que exista riesgo de graves anomalías en el feto que la madre gestante quiera mantener a término la gestación en contra de la voluntad de los subrogantes. En este caso, la situación se complica. En esta hipótesis, aceptar la continuación de la gestación por la gestante en contra de la voluntad de los subrogantes y afirmar que éstos tienen que asumir la filiación tras el parto, puede resultar complejo.
 - a. De un lado, aceptar como vinculante la decisión de la parte subrogante para interrumpir la gestación en contra de la voluntad de la parte gestante, implicaría forzar a hacer a la mujer que embarazada lo que no quiere, lo que entraría en el ámbito de las coacciones. Imponer la interrupción del embarazo a la madre gestante cuando se han detectado graves anomalías en el feto, porque así lo deciden los futuros padres, es decir, la parte subrogante, sería constitutivo de delito de coacciones del artículo 172.1 CP al compelerle a la mujer gestante a ejecutar lo que no quiere. Además, la interrupción de la gestación sería típica del delito de aborto del artículo 144 del Código penal, por ser realizada contra la voluntad de la mujer embarazada.
 - b. De otro lado, aceptar la decisión de la gestante de llevar a término la gestación, con las anomalías fetales graves del artículo 15 L.O 2/210, de 3 de marzo, implica impedir a los que subrogantes, a los que se les determinaría la filiación del nacido, renunciar a continuar con la gestación, obligándoles a asumir las obligaciones como

padres tras el término de la gestación. Teniendo en cuenta que, tras el nacimiento con dichas anomalías la filiación se determinaría la filiación respecto de la parte subrogante, nunca de la gestante.

- c. Esta situación debería ser regulada expresamente en la regulación ad-hoc que determine en el plano jurídico-civil las relaciones derivadas del contrato de subrogación de la maternidad, en tanto que la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (u otra Ley que sustituya a ésta) está concebida para determinar en qué casos está despenalizada la interrupción de la gestación por decisión de la mujer en cuyo cuerpo se desarrolla ésta. Por lo que, sin renunciar a la titularidad para continuar la gestación en caso de discordancia de consentimientos entre gestante y parte subrogante, cuando la gestante decide continuar con la gestación, debería plantearse en la legislación jurídico-civil ad hoc la posibilidad de incluir en el contrato de gestación por subrogación que sólo en estos casos la parte subrogante tuviera necesariamente que ejercer los deberes y obligaciones derivados de su conducta, es decir, tendría la obligación de ejercer los deberes derivados de la filiación del hijo nacido con las anomalías detectadas en esa fase fetal de la gestación, eximiendo de tal responsabilidad futura a la parte subrogante, cuando éstos muestran su renuncia a la continuidad de la gestación cuando se han detectado las anomalías graves en el feto del artículo 15 de la vigente L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
7. En el caso de detectarse anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, debe prevalecer en todo caso la decisión de la mujer gestante, en los términos genéricos recogidos en la L.O. 2/2010, de 3 de marzo.