



El acceso en igualdad a las técnicas de reproducción médicamente asistida: carencias legislativas y gestación por sustitución

EQUAL ACCESS TO MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES: LEGISLATIVE GAPS AND GESTATION BY SURROGATION

M^a Ángeles Serrano Ochoa¹

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

mangelesserrano.abogada@gmail.com  0000-0003-0815-8622

Recibido: 18 de octubre de 2022 | Aceptado: 02 de diciembre de 2022

RESUMEN

Las técnicas de reproducción asistida han abierto el camino a nuevas formas de familia y a la disponibilidad de la filiación. Si nuestra LTRHA 2006 ha conseguido facilitar la reproducción a las distintas orientaciones sexuales y ha posibilitado determinar la filiación al margen de la naturaleza (art. 7.3 y 8.3 LTRHA 2006) habría de plantearse si hay realmente una excusa, basada en la imposibilidad del respeto de los derechos fundamentales de los implicados en una gestación por sustitución solidaria, para mantener en la actualidad su nulidad y amparar en nuestro Derecho tan sólo dos únicos tipos de filiación, por naturaleza y adoptiva (art. 108 CC) o si es posible, de admitirse la gestación por otros de carácter altruista, el incluir una filiación basada en la voluntad procreacional, facilitando el acceso de todos, hombres y mujeres, en plena igualdad, a las técnicas de reproducción desarrolladas por los avances de la medicina.

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques have paved the way for new forms of family and the availability of filiation. If our LTRHA 2006 has managed to facilitate reproduction for different sexual orientations and has made it possible to determine filiation outside of nature (art. 7.3 and 8.3 LTRHA 2006), it should be considered whether there is really an excuse, based on the impossibility

PALABRAS CLAVE

Igualdad
Filiación
Gestación por sustitución
Voluntad procreacional
Derecho a la reproducción

KEYWORDS

Equality
Filiation
Surrogacy
Procreational will
Right to reproduction

1. Abogada y profesora sustituta interina en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Departamento de D^o Privado.

of respecting the fundamental rights of those involved in a gestation by solidary substitution, to currently maintain its nullity and protect in our Law only two types of filiation, by nature and adoptive (art. 108 CC) or if possible, if admitted gestation by others of an altruistic nature, including a filiation based on the procreational will, facilitating access for all, men and women, in full equality, to the reproduction techniques developed by advances in medicine.

I. INTRODUCCIÓN

La familia es una construcción social (Rousseau, 2002, p.27)² por lo que la parentalidad debe considerarse más que un mero hecho biológico y valorarse también como un proceso de carácter social (Romero, 2007, p. 121)³ al que se acceda desde la voluntad de pertenecer al grupo. Y aunque todas las personas pueden tener deseos legítimos de formar una familia, tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales así como las personas solas, los cauces legales establecidos hasta el momento en nuestro país, cuando no pueden formar una familia por medios naturales, son la adopción, la posesión de estado o mediante la utilización de una técnica de reproducción de las determinadas y recogidas expresamente por la LTRHA 2006.

La doctrina mayoritaria no reconoce la existencia de un derecho a tener un hijo, sea biológico o no, ni la posibilidad de exigir a los demás una obligación de contribuir a conseguirlo, sea a través de la donación de gametos y/o por medio de la gestación por sustitución. Todo lo más, se entiende que existe un derecho a la reproducción en sentido negativo, como el derecho a no tener hijos e hijas.

Por ello, ninguna referencia hace nuestra CE a un derecho a la maternidad o la paternidad, ni a la existencia de un derecho a la reproducción o procreación. Tampoco lo hizo el legislador explícitamente cuando aprobó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA 1988) reconociendo con posterioridad, en la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, al menos el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2).

De modo que más que de un derecho predicable sólo de la mujer, la doctrina mayoritaria prefiere aludir a la autonomía reproductiva, como una libertad que permite a las personas planificar su propia vida reproductiva, libre de interferencias externas y, por supuesto, sin que de ningún modo se legitime el imponer nada a nadie en orden a conseguirlo (Casado, Navarro-Michel, 2019, pp.34-35).

2. Rousseau afirma que la más antigua de todas las sociedades y la única natural es la familia.

3. Dice el autor que ambas realidades, paternidad y maternidad, se construyen en el entramado de las relaciones sociales. Dentro del entramado de las relaciones interpersonales e intergrupales quedamos vinculados o adheridos unos a otros. En estos círculos de relaciones sociales significativas se construyen estas realidades: paternidad, maternidad, vinculaciones y sentimientos de pertenencia.

El problema jurídico se centra en la imposibilidad de generalizar un derecho a la reproducción por igual para hombres y mujeres, pues sólo las mujeres pueden decidir ser madres o no serlo⁴, porque sólo a las mujeres se les reconoce la voluntad de ser madres, reconociéndoseles un derecho⁵. Pero no a todas las mujeres, ya que la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA 2006) permite su uso tan sólo a la mujer, casada o soltera (art. 6.1 segundo párrafo) homosexual o viuda (art.9) que pueda gestar.

Evidentemente, los hombres, para ser padres biológicos, solos o en un matrimonio igualitario, necesitan de un cuerpo femenino que geste y si no es así ningún derecho les asiste en este sentido, más allá de lo dispuesto en el art.10.3 LTRA 1988 y LTRHA 2006.

Por tanto, los derechos reproductivos y sexuales son una construcción doctrinal no exenta de contradicción (Igareda, 2011, pp. 252-270; Lema, 2015, pp. 205-238) y, por tanto, también desde el punto de vista jurisprudencial. Por ejemplo, en algunas sentencias del TEDH se deducía que el acceso a las TRHA se incardinaba en el derecho recogido en el art. 8 del CEDH (Escribano, 2016, p. 1259). Así el concepto de vida privada del TEDH incorpora el derecho a que se respete tanto las decisiones de tener o no un hijo⁶. El asunto Evans fue el primero en plantear el alcance del derecho a procrear, a raíz de una disputa sobre la propiedad de unos embriones congelados, marcando así un punto de inflexión en el reconocimiento de un derecho a la reproducción.

Luego, en el Asunto Dickson vs. Reino Unido⁷, el TEDH matizó que la procreación separada del acto conyugal también se incardinaba dentro del ámbito del art. 8 y comprendía el derecho a ser padres genéticos⁸, para en la Sentencia Costa y Pavan vs. Italia⁹ entender que el derecho a procrear un hijo que no esté afectado por una enfermedad genética constituye una expresión del derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, en el Asunto Paradiso Campanelli (GS II, 2017)¹⁰ el TEDH negó el derecho a ser padres y el derecho a fundar una familia, destacando que tan sólo hay un mero deseo de ser padre o madre, y que la reproducción asistida no es un medio alternativo de procreación financiado por el Estado y disponible para todo el que la solicite, de modo que un Estado, en su libertad de regulación, puede imponer limitaciones, sobre todo en casos en los que no existe consenso y que ofrecen dudas éticas y morales (Pardo, 2017, p.19).

4. Exposición de Motivos III de la LTRA 1988: "desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente".

5. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo hace referencia por primera vez en un texto jurídico al derecho a la maternidad libremente decidida, que no deseo (art. 3.2).

6. Sentencia del TEDH, "Evans vs. Reino Unido" de 7 de marzo de 2006, Considerando 57.

7. Demanda 44362/2004, sentencia de 18 de abril de 2006.

8. Sentencia de 18 de abril de 2006, párrafos 28-36.

9. Asunto Costa y Pavan vs. Italia, de 28 de agosto de 2012.

10. Asunto Paradiso y Campanelli vs. Italia, demanda 25358/2012, sentencia de 27 de enero de 2015, revocada por la Gran Sala del TEDH el 24 de enero de 2017.

De este modo, el reconocimiento de estos derechos se encuentra normalmente en textos que no forman parte del Derecho (Internacional) vinculante sino que son calificados de Soft Law, textos que sólo tienen un cierto grado de compromiso o vinculación moral para los Estados pero no un carácter normativo. En esos textos se entienden los derechos reproductivos como un aspecto de los derechos sexuales¹¹, reconociendo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, la existencia de un derecho a la reproducción en su art. 23, letra b) y c).

En nuestro Derecho, el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva manifestaba que el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, concretamente los que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar, y reiteraba en su art. 3.1 que, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva, sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de los demás y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes (art. 10 CE).

Existe, por lo tanto, una conexión entre el derecho-libertad a la procreación/reproducción y el libre desarrollo de la personalidad, debiendo la persona tener autonomía para elegir de forma libre y responsable, entre las diversas opciones que dá la ciencia, si procrea o no a un hijo propio¹², un aspecto de la libertad personal que sólo puede ser limitado, en una sociedad democrática, por razones particularmente graves (De Lora, 2006, pp. 46-47).

El legislador debe, sin duda, tutelar la dignidad y los derechos de cada una de la personas que intervienen en el acto de la reproducción, en términos generales y en particular si se trata de una gestación por otros, de modo que ninguna puede quedar sometida a otra para hacer efectivo ese derecho a procrear, excluyéndose todo recurso a técnicas y procedimientos que puedan implicar la instrumentalización de las personas y/o la comercialización de la vida humana, proscritas en cualquier Estado de Derecho como el nuestro.

II. EL DERECHO EN IGUALDAD AL ACCESO A TODAS LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

El legislador español aún no ha atendido ni revisado todos los posibles supuestos que se pueden plantear en el acceso a las TRHA desde el punto de vista del derecho de

11. Art. 96 de la Plataforma de Acción de Beijing (1995) y Opinión de la Comisión de Desarrollo (10.7.2013) para la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género sobre derechos en materia de salud sexual y reproductiva (2013/2040(INI)).

12. La STS de 6 de febrero de 2014 en su voto particular dispone que los padres han ejercido su derecho a procrear.

igualdad. La desigualdad puede extraerse de distintas circunstancias contempladas en la Ley, algunas no resueltas convenientemente por el legislador y otras no previstas.

Sin ánimo de ser exhaustivos, en la LTRA 1988 existía una contradicción entre el art. 1.2 y 6.1 que subsanó posteriormente la LTRHA 2006, reconociendo a la mujer el derecho a fundar una familia sin necesidad de acreditar su infertilidad para acceder a las técnicas médicas de reproducción, ni expresar su orientación sexual o su estado civil. Pero nada se ha previsto respecto de los hombres transexuales que pese a su reasignación de género pudieran gestar. Por ahora es el legislador autonómico el que más se ha preocupado por facilitar la maternidad a transexuales, como es el caso de Andalucía¹³, por cuanto la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de derechos de las personas transexuales de Andalucía establece que la usuaria de la técnica ha de ser una mujer, mas si es legalmente un hombre puede llegar a ser madre mediante las TRHA si sigue conservando los órganos femeninos¹⁴.

Otro aspecto que denota una situación de desigualdad en el enfoque de la LTRHA 2006 es que una mujer puede elegir gestar el óvulo de su pareja también mujer (técnica FIV+ROPA)¹⁵ de forma que como su cónyuge puede ser la madre genética de su hijo o hija, se reconoce legalmente la existencia de dos madres, la biológica y la genética, en igualdad de condiciones y sin necesidad de adoptar. Pero si no existiera el vínculo matrimonial la situación cambia y no se aplicaría lo dispuesto en el art. 7.3 de la LTRHA 2006 por el cual se permitió en nuestro ordenamiento, con determinados requisitos y dentro de un matrimonio de mujeres, que quien no hubiera dado a luz al bebé pudiera convertirse en madre de éste mediante una simple declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil¹⁶.

El legislador se olvidó de esa misma posibilidad en la parejas de hecho femeninas. La justificación de aquella reforma del art. 7.3, operada por Ley 3/2007 de 15 de marzo, no responde a la protección del interés superior del menor, sino tan sólo a equiparar, por razones de igualdad y oportunidad legislativa, al cónyuge femenino con el cónyuge masculino de quien dá a luz. De modo que la segunda madre no lo sería por el hecho

13. Los requisitos de acceso al servicio de TRHA en Andalucía son, entre otros, la esterilidad primaria o esterilidad secundaria sin hijo sano en las parejas heterosexuales; mujeres sin pareja y sin hijo o sin hijo sano; y mujeres con pareja femenina sin hijo o sin hijo sano. Link: <https://www.juntadeandalucia.es/temas/salud/servicios/reproduccion-asistida.html> (consulta: 26/04/2019).

14. Le han seguido otras como la Ley 2/2016 de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Madrid o la Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat Valenciana, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género, todo ello mientras se tramita en el Congreso la Proposición de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans (Congreso de los Diputados, BOCG 26 de marzo de 2021, nº. 156-1).

15. Fecundación In Vitro más el método ROPA: Recepción de Ovocitos de la Pareja.

16. La reforma operada por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención al sexo de las personas, permitió la doble maternidad en su art. 7.3, posibilidad que hasta entonces era rechazada por todos, inclusive por la DGRN –Resolución (6ª) de 5 de junio de 2006. (LALEY 84038/2006) o la Resolución de 11 de enero de 2007 (LA LEY 357013/2007).

del alumbramiento, pero tampoco por su aporte genético sin más, sino por una manifestación de voluntad con efectos filiatorios.

Cuando no están casadas han sido los tribunales los que han dado la solución jurídica (Sentencia del TS de 15 de enero de 2014, FJ 1)¹⁷ igualándose las parejas de hecho de mujeres a los matrimonios igualitarios, atendiendo a la voluntad procreacional¹⁸ y determinándose judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado, u otras veces a través de la figura del allegado, para así mantener las relaciones de afectividad con el menor y en interés del mismo (ex art. 160.2 CC)¹⁹.

Sólo se ha afrontado esta discriminación por el legislador autonómico. Así, si una pareja de hecho de dos mujeres acude a un centro de técnicas de reproducción asistida en Cataluña, la filiación del hijo nacido será determinada a favor de las dos madres (STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2017) pues en Cataluña existen desde la Llei de filiacions²⁰ dos planos de regulación de la filiación: el realista basado en el principio de veracidad, que pretende la total correspondencia entre la verdad biológica y la jurídica, y el de la ficción legal o voluntarista, que se basa en la voluntad y en el consentimiento del empleo de técnicas de fecundación artificial, añadiendo la Ley 10/2008 en su DF Tercera²¹ el reconocimiento de la doble maternidad en las parejas de mujeres. En esta concepción de la filiación lo fundamental es la voluntad de la madre gestante y de su pareja mujer para asumir la parentalidad, aunque siempre primando el interés del hijo concebido mediante estas técnicas²².

Sin embargo, a los matrimonios entre hombres no les sería aplicable el art. 7.3 de la LTRHA 2006 ni el art. 44.5 de la Ley del Registro Civil, pues la pareja masculina en un matrimonio homosexual no puede asumir la co-paternidad mediante una simple manifestación al encargado del Registro Civil y debe acudir a un procedimiento judicial, constante el matrimonio, de adopción²³.

17. STS 608/2014.

18. De la voluntad procreacional habla la STS de 5 de mayo de 2013 (STS 5765/2013). FJ Tercero, punto 3, en relación al art. 7 de la LTRHA 2006 y Disposición Adicional 1^a de la Ley 3/2007 cuando refiere a que en el régimen de filiación en la aplicación de la TRHA entre personas del mismo sexo, mujeres, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el CC lo sustituye la ley por la voluntad de quien desea ser progenitora. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza.

19. STS, Civil, Sec. 1^a, de 12 de mayo de 2011.

20. LLEI 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions.

21. Modificó la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, art. 97.

22. La SAP de Lleida de 29 de enero de 2018 es igualmente resaltable en cuanto a que en ella el Ministerio Fiscal aboga por evitar una interpretación restrictiva del art. 7.3 de la LTRHA y así evitar un trato discriminatorio que la propia ley aún no ha sido capaz de subsanar. Consciente de esa discriminación a nivel nacional entre mujeres y hombres ante las técnicas de reproducción humana asistida, el CC de Cataluña regula este aspecto de manera más abierta, pues en el art. 235-8 habla de cónyuge, sin diferenciar si es un hombre o una mujer y en el art. 235-13, que se refiere a la pareja de hecho, no distingue entre la pareja homosexual o heterosexual, y establece que los hijos nacidos de la fecundación asistida a la mujer son hijos del hombre o de la mujer que lo ha consentido.

23. Una solución incierta y muchas veces procesalmente lenta, contraria, en esas circunstancias, a lo dispuesto en el Dictamen del TEDH, Gran Sala, de 10 de abril de 2019 (solicitud P16-2018-001).

Otra cuestión no resuelta por la Ley es que si esas dos mujeres desearan elegir al donante de semen²⁴, un hombre que sea conocido, un amigo o familiar, no podrían ser ambas madres y, como sistema binario que es, sería el padre legal el donante (art. 5.5 LTRHA 2006) y madre la mujer que alumbró. Es decir, si de las dos mujeres una gesta y otra aporta su óvulo (permitido esto último por la ley) y fuera conocido el hombre que aporta el semen, ya no podría ser madre quien ha aportado el óvulo, aunque el menor tuviera su carga genética, siendo discriminada en cierto modo, vulnerándose su derecho a procrear frente a la mujer que biológicamente dá a luz, para otorgarse automáticamente la paternidad al que sólo tiene la voluntad de ser el donante de sus gametos pero no de ser el padre.

La Memoria de la Fiscalía de 2018 hacía mención a una situación que conoció el Tribunal Supremo. Se trataba de una demanda de reclamación de paternidad e impugnación de filiación contradictoria formulada en Valencia por un varón contra un matrimonio de mujeres cuya hija había sido inscrita como de ambas cónyuges, informando de forma favorable a la estimación de la demanda dado que la inseminación se produjo al margen de la LTRHA 2006 que exige anonimato del donante, inseminación en centro autorizado y la imposibilidad de selección del donante por la receptora. Finalmente, la sentencia, de acuerdo con el informe de la Fiscal, consideró que el contrato de donación de semen era nulo, por no ajustarse a la LTRHA 2006, acordando la impugnación de la maternidad de la madre no gestante y la determinación de la paternidad a favor del actor²⁵.

Es una solución judicial ceñida a la literalidad de la ley, pero que dista de otras soluciones que ofrecen otros tribunales extranjeros. Así encontramos la sentencia irlandesa dictada en el Asunto *J. Mcd.v. P.L. and B.M.*²⁶ que trataba de una pareja de dos mujeres que habían conseguido tener un hijo mediante inseminación artificial, siendo el esperma donado por un amigo homosexual de ambas. La relación de las dos mujeres se deterioró con el amigo-donante, y en el proceso el juez se detuvo a considerar cuál era la solución justa y de sentido común, siempre teniendo en cuenta el bienestar del menor. Se resolvió que el donante sólo tendría un régimen de visitas bajo la supervisión del Tribunal Superior y se determinó la filiación en atención a la voluntad procreacional de las mujeres. En otras sentencias, como la de 30 de abril de 2007 de la Corte Suprema del Estado de Pennsylvania (Rains, 2008, pp. 197-210), se ha llegado a reconocer a tres personas como los progenitores, respetando la voluntad de todos los participantes en la reproducción²⁷, ya que el concepto de voluntad procreacional

24. En el Estado de Victoria, en Australia, la ley posibilita la inseminación desmedicalizada con donantes conocidos (Assisted Reproductive Treatment Act 2008, n° 76 of 2008), Parte 2ª, División 1ª, n° 9.

25. Memoria de Fiscalía (2018) año 2017, p.943. Link: <https://www.fiscal.es/documents/20142/133838/MEMORIA++2018.pdf/b1b10006-1758-734a-e3e5-2844bd9e-5858?t=1536823985957> (consulta: 05/01/2019).

26. Asunto "*J. Mcd.v. P.L. and B.M.*"; [2009] IESC 81, High Court Record Number: 2007 26M, sentencia de 10 de diciembre de 2009 (Supreme Court of Ireland).

27. En igual sentido la sentencia de la 2ª Corte de la Niñez y Juventud en Recife, Brasil donde se reconocía también judicialmente una filiación multiparental (asunto referido en CHAVES y VARSI-

viene a salvar las limitaciones que la biología impone al número de progenitores, porque donde la biología se detiene en dos (la donación de mitocondrias²⁸ está en fase muy experimental) la voluntad procreacional refleja la capacidad de las personas de entablar acuerdos, pactos, solidaridad, compromiso mutuo, para formar familias y establecer lazos (Peralta, 2015, p.13).

Entendemos que, aún siendo nuestra LTRA 1988 pionera en materia de reproducción asistida respecto a otras normas similares del entorno europeo, poco hemos evolucionado en comparación con otros países, siendo necesario el plantearse una actualización de determinados aspectos que favorecerían la igualdad real y efectiva de los posibles usuarios de las TRHA y las consecuencias filiatorias.

El legislador puede, ante la desigualdad de quien no puede reproducirse de forma natural, procurar los medios y las soluciones-ficciones jurídicas en evitación de una desigualdad por razón sexo o circunstancias personales, hasta el punto de que ha hecho posible establecer la filiación legal cuando no existe una conexión biológica entre los progenitores y el neonato que procede de la previa donación de gametos, amparando esta otra forma de solidaridad “social”(Flores, 2019)²⁹. Sin embargo, se mantiene aún inamovible a la hora de admitir otras posibilidades de reproducción y de filiación basadas en la voluntad procreacional, como sería la gestación por sustitución.

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO POSIBLE FORMA DE EJERCICIO DEL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN EN IGUALDAD

El legislador de finales de los años ochenta sopesó y después consideró más conveniente, debido a los dilemas que entrañaban la gestación por sustitución, el dejar para más adelante su regulación, posponiéndola a cuando se diera un contexto social y cultural más apropiado para ello (Exposición de Motivos LTRA 1988) y fueran las demandas de uso por parte de la población, el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y de la misma sociedad, las que abrieran caminos a las nuevas respuestas éticas y jurídicas. Pero aún estamos en este punto.

El respeto a la diversidad en la reproducción asistida forma parte de los Principios de Yogyakarta+10³⁰ que establece que los Estados deben permitir el acceso de todos a métodos para preservar la fertilidad y además deben asegurar que se proporcione la

ROSPIGLIOSI, 2018:14) o en Canadá, en el caso A A v B B de 2007, el Tribunal de Apelación de Ontario acordó que un niño puede tener dos madres y un padre como progenitores legales.

28. Se trata de una variante de la fecundación in vitro mediante la cual se utiliza información genética de tres progenitores diferentes.

29. Legalmente en la donación de gametos se admite la compensación económica “por las molestias causadas” superando los 1.000 euros en el caso de las mujeres, admitiéndose por algunos que se trata de un comercio jurídico lícito.

30. Es un documento internacional no vinculante relativo a la defensa y protección de las personas homosexuales y transexuales o transgéneros. Los principios fueron presentados en el año 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y son un instrumento importante a tener en cuenta para la elaboración de normas que avancen en la aplicación de los derechos humanos de los Estados.

subrogación, donde sea legal, sin discriminación basada en la orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales³¹.

En el voto particular a la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 formulado por el Magistrado Sr. Seijas Quintana³² se llegó a afirmar que la gestación por sustitución supone ciertamente una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, un derecho a la reproducción que requiere una intención, una voluntad o deseo que debe ser protegido o amparado por nuestro Derecho dentro del respeto de los Derechos Fundamentales.

Por tanto, una de las técnicas que se emplean para acceder a la maternidad o paternidad biológica cuando es imposible la gestación propia es la gestación por otros, admitida en diversos Estados de nuestro entorno³³ y por el Parlamento Europeo, pues éste ha mostrado su rechazo tan sólo si es de carácter forzada, calificándola en esos supuestos concretos como una forma de violación de la dignidad humana y de los derechos humanos en general pidiéndose a los Estados que actúen contra toda forma de explotación y abusos hacia las mujeres a través de la maternidad subrogada forzosa³⁴.

Actualmente, en nuestro ordenamiento la gestación por sustitución es declarada nula (art. 10.1 LTRHA 2006) lo que supone para muchos progenitores de intención que no pueden gestar la imposibilidad del acceso a las TRHA para tener a sus hijos biológicos. No cabe duda de que estamos ante una opción legislativa. De hecho, el TEDH (entre otros, Asunto Mennesson vs. Francia³⁵) deja a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a la hora de decidir si autorizan la gestación por otros en su ordenamiento jurídico o no, o sobre si reconocen, o tampoco, los vínculos de filiación legalmente creados en otros países entre los niños nacidos de los pactos de gestación y los comitentes (Díaz, 2020, p.18).

España ha hecho uso de ese margen de discrecionalidad o libertad para atribuir filiaciones diferentes a las que provienen del parto (Vara, 2015, pp.88-93), sea por adopción o por posesión de estado³⁶ –ambas mediante sentencia judicial– o tras el consentimiento

31. Principio nº 24 sobre el derecho a formar una familia. Cualquier persona independientemente de su orientación sexual o identidad de género tiene derecho a formar una familia, sea a través de la adopción o reproducción asistida. Este derecho se apoya en el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, y en el artículo 12 del CEDH.

32. STS 247/2014, de 6 de febrero (Sala de lo Civil, Sección: 1).

33. Por ejemplo, Grecia, Reino Unido, Bélgica o Países Bajos.

34. En ello incidía el Informe de su Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, de 2 de noviembre de 2016, el Informe de la Comisión de Asuntos Exteriores de 28 de noviembre de 2016, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE (2016/2219(INI)), el Informe de fecha 2 de diciembre de 2016 sobre los Derechos de la mujer en los Estados de la Asociación Oriental de la Comisión de los Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, o la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2016, sobre los derechos de la mujer en los Estados de la Asociación Oriental (2016/2060(INI)), apartado 26 y 27, entre otros.

35. Asunto Mennesson vs. Francia, demanda 65192/2011, Sentencia de 26 de junio de 2014.

36. El art. 113 del CC contempla la posesión de estado como un medio de justificar o probar la filiación natural (AAP de Ourense de 21 de octubre de 2020). En otras sentencias no se estima la vía de la posesión de estado sino la adopción cuando no existe vínculo genético por parte de ninguno

prestado por parte del cónyuge en las técnicas de reproducción asistida, en los supuestos de fecundación heteróloga o con donante anónimo dentro del matrimonio igualitario entre mujeres, pero sigue rechazando la gestación por sustitución aunque sea de carácter altruista, reconociendo sólo la filiación establecida judicialmente en los Estados en los que se practica legalmente³⁷.

Estamos aún lejos de que nuestro legislador o nuestro Tribunal Constitucional consideren la gestación por sustitución como una vía excepcional para satisfacer esos derechos, que no simples deseos, y facilite esa forma de paternidad y maternidad de una forma compatible con la protección de otros bienes constitucionalmente preservados³⁸.

Nos parece un enfoque obsoleto el mantenernos en la nulidad³⁹ o prohibición (art. 10.1 LTRHA 2006) y en atribuir la maternidad por el hecho del parto (art. 10.2) cuando la evolución social y científica ha dejado vacía de contenido la afirmación de que una madre es siempre quien gesta. La gestación por sustitución posibilitaría el derecho a la reproducción en igualdad.

La LTRHA 2006 no atiende a la voluntad reproductiva de todas las personas que quieren acceder a las técnicas médicas de fecundación asistida. Tampoco atiende a quien no tiene voluntad procreacional pero quiere facilitar a otras este derecho/deseo, según como se mire.

Para la ley no es admisible la disociación gestante y maternidad y aunque no se hayan empleado sus propios óvulos y no aporte carga genética alguna lo importante es sólo el acto de parir (*mater semper certa est*⁴⁰). La voluntad procreacional no se cuestiona para la gestante, se afirma sin más, aunque no quiera asumir los deberes y obligaciones de tal.

Mas si la gestante no tiene voluntad de ser madre, exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado, se le debería exonerar⁴¹, al igual que al donante de semen no anónimo que quiera ofrecerlo a otros altruistamente no se le debería atribuir la paternidad.

En vez de mantener la imposición del art. 10.2 LTRHA 2006, se debería dar la opción de poder trasladar la filiación si la mujer sólo prestó su consentimiento para gestar. Esta

de los comitentes (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Tudela, 23 de julio de 2021, Roj: SJPII 704/2021).

37. Instrucción de la antigua DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE nº243 de 7 octubre 2010)

38. En Derecho comparado se ha expresado en estos términos el TC portugués (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Processo n.º 95/17).

39. El Auto de la AP de Barcelona, Sección 18, de 17 de marzo de 2021 (JUR\2021\169793) estima que este contrato no está prohibido por cuanto no hay previstas sanciones para quienes participan. El fundamento del art. 10 LTRHA 2006 es ordenar y clarificar las filiaciones de los hijos.

40. Los principios romanos de "pars viscerum matris" o "mater semper certa est", que perseguían la finalidad de que el hijo tuviera desde el nacimiento al menos un progenitor que se ocupara de él, han quedado obsoletos pues no pueden mantenerse inmutable frente a la evolución científica en materia de reproducción humana.

41. El Auto de la AP de Barcelona, Sección 18, de 17 de marzo de 2021 (JUR\2021\169793) recuerda que la renuncia de la madre a la maternidad no es una novedad en nuestro OJ. La renuncia es la base de la filiación adoptiva, p.16.

disposición de la filiación, ahora contraria al orden público, facilitaría el acceso a las técnicas médicas de reproducción actuales a más ciudadanos, atendándose a la autonomía de la voluntad de todos los intervinientes en esta TRHA⁴².

IV. CONCLUSIONES

Entendemos que es el momento de retomar algunas opiniones vertidas a favor de la gestación por sustitución en las Sesiones de la Comisión Especial Palacios previas a la elaboración de la Ley de 1988 y que mantienen su plena vigencia. Es de recordar que ya el 10 de mayo de 1985 hubo un informe del Instituto para la Mujer del Ministerio de Cultura dirigido a la Comisión titulado “Opinión del Instituto de la Mujer sobre la utilización de las TRA” donde consideraba como técnica de reproducción humana a la gestación por sustitución⁴³. Era una condición inexcusable el hecho de enmarcarse dentro de una gestación gratuita⁴⁴, a utilizar de forma muy limitada. Decía el informe que los acuerdos entre los padres genéticos y la futura “madre portadora” debían basarse en la más absoluta gratuidad y aún prevaleciendo la voluntad de la persona o pareja de la que procedían los gametos, la madre gestante debería tener, en todo caso, la posibilidad de impugnar lo acordado.

En la actualidad sería posible la admisión legalmente en España de la gestación por sustitución si se enfoca de una forma respetuosa con los derechos fundamentales recogidos en nuestra CE, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la igualdad y no discriminación por circunstancias personales (art. 14 CE), el derecho al matrimonio y protección a la familia (art. 32 y 39 CE), amparándose los derechos fundamentales concernidos de la mujer gestante y la protección del interés superior del menor en toda su extensión, incluyendo su derecho a la identidad única (Sentencias del TSJUE de 2 de octubre de 2003⁴⁵ y 14 de octubre de 2008⁴⁶) y a formar una unidad familiar con sus progenitores volitivos o de intención.

Ello evitaría el acudir a otros Estados menos garantistas y la inseguridad jurídica que implica para la vida privada y familiar de los menores el depender del reconocimiento o no por nuestras autoridades de la filiación constituida en otro país.

Negar la gestación por otros en España y reconocer sus efectos filiatorios cuando ocurre en otros Estados a los que acuden la élite de la clase social, los privilegiados que

42. La OMS en su Glosario de términos en materia de reproducción asistida (2010) define como “Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado”.

43. Recomendaciones del Instituto de la Mujer. ACD Se Gral Leg 3330 n° único, pp. 3-4.

44. Sesión de 23 de octubre de 1985 (BOCG n° 346, p. 10653).

45. Asunto C-148/02.

46. Asunto C-353/06.

pueden viajar y afrontar su elevado coste, aboca igualmente a una discriminación de trato para determinadas personas o parejas que conjuga mal con nuestro valor, principio y derecho de igualdad.

Una adecuada regulación supondría también la supresión del discriminatorio art. 10.3 de la LTRHA 2006 que dispone que tras una gestación por sustitución, actualmente sólo la acaecida en el extranjero, se reconocerá la filiación respecto del padre intencional biológico, pero no se da la misma solución respecto de la mujer que hubiera aportado su material genético. Es evidente que la filiación biológica de la madre de intención que aporta sus óvulos requiere de la misma respuesta que la Ley da actualmente al padre genético, y ello por exigirlo el principio de igualdad⁴⁷, determinándose la filiación materna biológica sin necesidad de pasar por un procedimiento de adopción, como actualmente acontece.

Se permitiría, en definitiva, el que hombres y mujeres pudieran acceder a todas las técnicas médicas de reproducción asistida sin distinción de ningún tipo, ni por cuestiones biológicas, estructurales, por razón de sexo o económicas (Vela, 2017, p.12)⁴⁸, lo que es lo mismo que posibilitarle a la ciudadanía el pleno ejercicio de su autonomía reproductiva y lograr una igualdad real, haciendo efectivo el derecho de toda persona a formar una familia con descendientes genéticos (Cerdeira, 2014, p.25) aprovechando los avances de la ciencia médica, en términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- CASADO, M., NAVARRO-MICHEL, M. (2019): "Documento sobre Gestación por Sustitución", Observatorio de Bioética i Dret, Universitat de Barcelona. ISBN 978-84-9168-208-0.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2014): "Copaternidad y matrimonio entre hombres. La derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución fundada en razones de igualdad", *Revista de Derecho Privado*, n^o 98.
- CHAVES, M., VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2018): "La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Vol. 48, pp. 133-157. Versión on line: https://www.researchgate.net/publication/330006295_La_multiparentalidad_la_pluralidad_de_padres_sustentados_en_el_afecto_y_en_lo_biologico, [última revisión: 23-02-2020].
- DE LORA DEL TORO, P. (2006): "¿Qué hay de malo en tener hijos?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, pp. 45-64.

47. Así lo entendió también la Instrucción non nata de la DGRN de 14 de febrero de 2019.

48. El autor considera que de este modo se permitiría a los españoles sin recursos acudir a este mecanismo gestacional, acabándose con la actual infracción del principio de igualdad ante la ley (ex art. 14 CE).

49. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 15.1.b).

- DÍAZ CREGO, M. (2020): "La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución: a vueltas con el supuesto derecho a tener hijos", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31.
- DICTÁMEN del TEDH, GRAN SALA de 10 de abril de 2019 (Solicitud P16-2018-001).
- ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2016): "Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 69-4, pp.1259-1320.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2019): "Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa", *Actualidad Civil*, núm. 1. Enero 2019, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 1328/2019.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2011): "El hipotético Derecho a la reproducción", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pp. 252-271.
- OMS (2010) Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Versión on line: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/ [última revisión: 23-02-2020]
- PARDO PUMAR, M.J. (2017): "La gestación subrogada en el caso Paradiso Campanelli contra Italia: inexistencia del derecho a ser padre o madre", *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 121, (SP/DOCT/22860) pp. 14-19.
- PERALTA, M.L. (2015): "Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad", *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 68, pp. 53-70. Versión on line: https://drive.google.com/file/d/0B2_PoKL0ermTS1pYZmd4R1k4LWs/view?resourcekey=0-YMbFqbbS-3M8Xz8STxLOLQG [última revisión: 23-02-2020].
- RAINS, R. E. (2008): "Three Parents? Jacob v. Shultz-Jacob, 2007 PA Super. 118, 24-25, 923 A.2d 473, 482 (Pa. Super. Ct. 2007). *Denning Law Journal* 2008, Vol 20, pp. 197-210. Versión on line: <http://www.ubplj.org/index.php/dlj/article/view/332> [última revisión: 23-02-2020].
- ROMERO NAVARRO, F (2007): "La construcción social de la parentalidad y los procesos de vinculación y desvinculación padre - hijo. El papel del mediador familiar". *Prensa Médica Latinoamericana* 2007 - ISSN 1688-4094, pp.119-133. On line: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cpsi/v1n2/v1n2a02.pdf> [última revisión: 23-02-2020].
- ROUSSEAU, J. J. (2002): "Del contrato social", Alianza Editorial, España.
- VARA GONZÁLEZ, J.M. (2015): "¿Existe el derecho a ser padre en solitario?", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 63, pp. 88-93.
- VELA SÁNCHEZ, A.J. (2017): "¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del "Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada" de 19 de mayo de 2017, *Diario La Ley*, núm. 9035, Sección Doctrina, 6 de septiembre de 2017.

Jurisprudencia

Tribunal europeo de derechos humanos

- Asunto MENNESSON vs. FRANCIA, demanda 65192/2011, sentencia de 26 de junio de 2014.
Asunto COSTA Y PAVAN vs. ITALIA, demanda 54270/10, sentencia de 28 de agosto de 2012.

Asunto DICKSON vs. REINO UNIDO, demanda 44362/2004, sentencia de 18 de abril de 2006.
Asunto EVANS vs. REINO UNIDO, demanda 6339/2005, sentencia de 7 de marzo de 2006.

Tribunal de justicia de la unión europea

Asunto GRUNKIN y PAUL, demanda C-353/06, Gran Sala, de 14 de octubre de 2008.
Asunto GARCÍA AVELLO, demanda C-148/02, Gran Sala, de 2 de octubre de 2003.

España

SJPII 704/2021, de 23 de julio (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Tudela), Cendoj: 31232410032021100129.
AAP de Barcelona, Sección 18, de 17 de marzo de 2021 (JUR\2021\169793).
AAP de Ourense, de 21 de octubre de 2020, JUR 2021\25912.
SAP L 42/2018, de 29 de enero de 2018 (Sección: 2), Cendoj: 25120370022018100042.
STS 247/2014, de 6 de febrero (Sala de lo Civil, Sección: 1), Cendoj: 28079119912014100001.
STS 608/2014, de 15 de enero (Sala de lo Civil, Sección: 1), Cendoj: 28079119912014100003.
STS 2676/2011, de 12 de mayo (Sala de lo Civil, Sección: 1), Cendoj: 28079110012011100281.

Brasil

Asunto por “Processo de indicação de paternidade”, requirientes “M.A.A. e W.A.A.”, sentencia de 28 de febrero de 2012 (Juízo de Direito da 1.^a Vara de família e Registro Civil da comarca do Recife).

135

Canadá

A.A. v. B.B., 2007 ONCA 2 DATE: 20070102 DOCKET: C39998 y §10 (2) punto 3 de la All Families Are Equal Act que reformó la Children’s Law Reform Act, RSO 1990, chapter C.12.

Irlanda

Asunto “J. Mcd.v. P.L. and B.M.”, [2009] IESC 81, High Court Record Number: 2007 26M, 10-12-2009 (Supreme Court of Ireland).