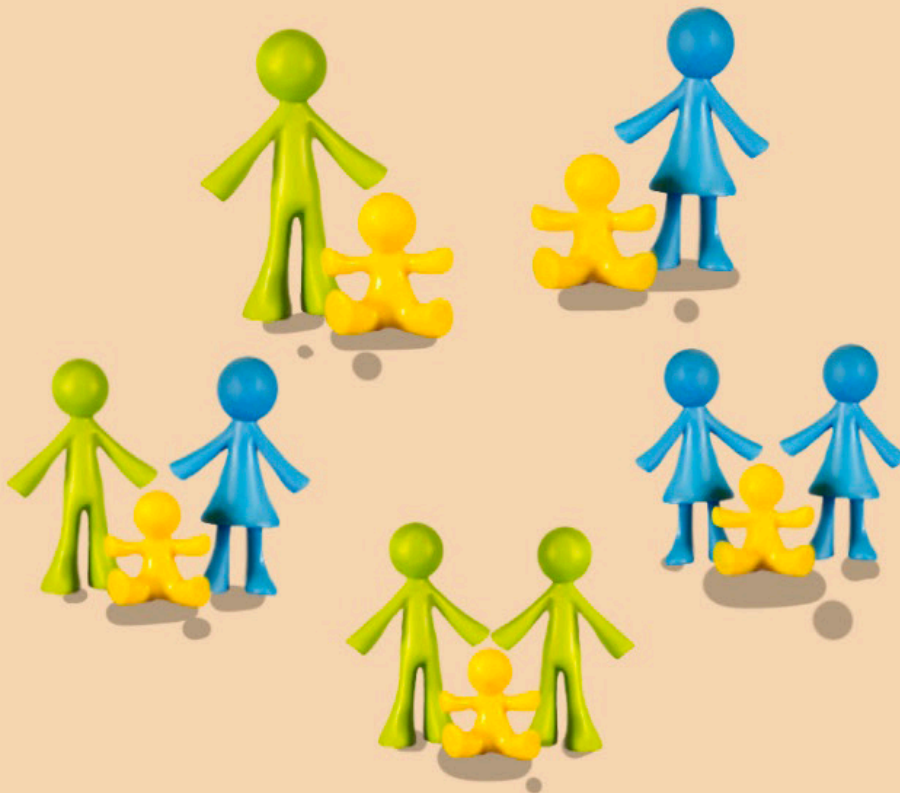


MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
(Directora)



DISTINTOS ENFOQUES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA



MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
(Directora)

**DISTINTOS ENFOQUES DE LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA**

AUTORES:

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
PILAR BENAVENTE MOREDA
ÁNGEL CORREDOR AGULLÓ
ANTONIA DURÁN AYAGO
PEDRO FUENTES CASTRO
INMACULADA GARCÍA PRESAS
DAVID GONZÁLEZ GERPE
NANCY ANNE KONVALINKA
LUKAS ROMERO WENZ
VICENTE BELLVER CAPELLA
TAYSA SCHIOCCHET
ANA CAROLINA PEDROSA MASSARO
PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER
PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ
ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ

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 trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Avances en la regulación española sobre la gestación por sustitución conforme al Derecho comparado» – IMIENS 2019-004 y financiado por el IMI-ENS (Instituto Mixto de Investigación-Escuela Nacional de Sanidad).

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, 2023

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1122-817-6
Depósito Legal: M-35153-2023
DOI: 10.14679/2480

ISBN electrónico: **978-84-1170-989-7**

Maquetación:
german.balaguer@gmail.com

INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
Catedrática de Derecho Procesal de la UNED

En España, como en muchos estados, no todos los sujetos pueden formar su familia a través de las TRHA. Las TRHA persiguen lo que el acto sexual en ocasiones no consigue: crear vida con el nacimiento de un niño resultante de su aplicación. Entre ellas, esta obra colectiva se ha centrado en la gestación por sustitución o *surrogacy*, como TRHA científicamente probada y aplicada con éxito en numerosos Estados.

Nos hemos centrado en este tema porque la actual regulación española de la gestación por sustitución prevista en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana plantea, desde mi punto de vista, un problema. Dicha cuestión es el trato discriminatorio que sufren aquellos individuos que tienen problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural y no cuentan con una regulación de la *surrogacy* que pudiera eliminar dicha desigualdad de trato y, en última instancia, la inseguridad jurídica que implica.

Como ya he señalado en otro lugar, además, una legislación discriminatoria y que provoque tal inseguridad jurídica choca con el espíritu de las leyes de reproducción asistida que en multitud de Estados se han aprobado con mayor o menor alcance y, en particular, en España, en virtud de las cuales se pretende que los ciudadanos con problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural puedan conformar su familia, sea cual sea su naturaleza. En este trabajo queremos apostar por la defensa de la diversidad familiar dentro de un marco de libertad individual y social. Ante ello, es preciso proponer soluciones.

Precisamente, el objetivo fundamental del proyecto de investigación IMIENS 2019-004 titulado “Avances en la regulación española sobre la gestación por sustitución conforme al Derecho Comparado” y financiado por el IMI-ENS (Instituto Mixto de Investigación-Escuela Nacional de Sanidad), en el que se enmarca este trabajo, ha consistido en el avance hacia la formulación de una respuesta a esta cuestión, desde un punto de vista fundamentalmente jurídico, pero también médico y psicológico. Dicho proyecto fue dirigido por la profesora María José Cabezudo Bajo en colaboración con José María Antequera Vinagre, Profesor de Derecho Sanitario y Bioética de la Escuela Nacional de Sanidad (Instituto de Salud Carlos III), en la que se encuentra adscrito el IMIENS.

En concreto, conforme a la memoria del proyecto, cabe señalar que su objetivo general previsto fue efectuar una propuesta de regulación de la gestación por sustitución o GS en España que otorgue seguridad jurídica a las principales partes intervinientes, esto es, el menor, la persona gestante y los padres intencionales. Dicho planteamiento debía suponer que tal propuesta de regulación cumpliera con dos condiciones, como son, la primera, que sea respetuosa con los derechos y obligaciones de las tres partes implicadas mencionadas anteriormente y, la segunda, que alcance un adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones de todas ellas. Ambos requisitos han de observarse, tanto y fundamentalmente en la regulación de esta TRHA en España, autorizándola, como también en la reforma de la eficacia transnacional.

Para ello, en dicho proyecto, se desarrollaron los objetivos específicos, en concreto seis, y las tareas en las que se concretan. Dichos objetivos específicos fueron los siguientes. En primer lugar, justificar la necesidad de una regulación española de la GS y de la reforma de la normativa española relativa a la eficacia transfronteriza de las decisiones extranjeras de filiación en los casos de *cross-border surrogacy*. En segundo término, el estudio e identificación del Derecho comparado que establezca la regulación sobre la GS que otorgue más seguridad jurídica a las partes intervinientes. Asimismo, proponer la regulación y, en su caso, la reforma del sistema español de reconocimiento transfronterizo de las decisiones judiciales y administrativas extranjeras de filiación en España en casos de gestación por sustitución transfronteriza. Por otro lado, proponer la regulación y, en su caso, la reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida para incluir la GS. En quinto lugar, proponer la reforma del Código Civil en materia de filiación y de la normativa reguladora del Régimen General de la Seguridad Social para extender la prestación por maternidad a los casos de GS. Finalmente, proponer la regulación de un proceso judicial de filiación en casos de GS en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el desarrollo de los seis objetivos específicos indicados se han realizado múltiples tareas por parte de los miembros del equipo de investigación.

En concreto, una de las principales tareas que se ha llevado a cabo en el marco de dicho proyecto ha sido el desarrollo de un modelo teórico de *surrogacy* o gestación por sustitución, como TRHA, jurídicamente seguro y en el marco de la Jurisdicción, habida cuenta de la extraordinaria seguridad jurídica que la independencia y sumisión a la ley que caracteriza al Poder Judicial le otorga al modelo¹.

Junto con dicha actividad, cada miembro del equipo de investigación ha avanzado en el desarrollo de sus respectivas tareas. Las contribuciones de cada uno de ellos, se difundieron en las “I Jornadas Internacionales sobre la Gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. Modelos existentes y regulación española”, organizadas *on line* en el ámbito de la Facultad de Derecho de la UNED con el apoyo del Departamento de Derecho Procesal. Tal acto académico tuvo lugar los días 28 y 29 de abril de 2022. En

¹ Este trabajo se incluye en Cabezudo Bajo, María José, *Desarrollo de un modelo de gestación por sustitución o surrogacy en el marco de la jurisdicción*, Granada, Comares, 2021, 184 p.

dichas Jornadas fueron invitados principalmente a participar los miembros del equipo de investigación del proyecto, junto con otros expertos en *surrogacy* con los que se pudo contribuir a avanzar en los objetivos previstos en el proyecto de investigación IMIENS 2019-004.

En concreto, en la Primera mesa, moderada por Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), se procuró dar respuesta a la pregunta: ¿es oportuna una regulación de la gestación por sustitución que autorice esta técnica de reproducción humana asistida en la legislación española? por parte de los dos ponentes que la integraron, Vicente Bellver Capella, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia y Miembro del Comité de Bioética de España y por Fernando Abellán, asesor jurídico de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF).

El tema planteado en la Segunda mesa acerca de en qué modelos de *surrogacy* podría basarse una eventual regulación de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, moderada por Marta Lozano Eiroa, Profesora Contratada Doctora de Derecho procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), fue expuesto por Pedro Talavera Fernández, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia y por Antonio José Vela Sánchez, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide.

El tema abordado en la Tercera mesa titulada “La mujer gestante, los padres de intención y el papel de las agencias facilitadoras de la gestación por sustitución y de la donación”, moderada por María Pérez-Ugena Coromina, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, fue objeto de análisis por los ponentes David González Gerpe, psicólogo experto en Reproducción Humana Asistida y miembro permanente del Grupo de Interés de Psicología de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), junto con Olga Díaz, abogada de Derecho de Familia desde 1995, experta en el área de Reproducción Asistida desde 2007 y fundadora y Directora Ejecutiva de GRACE, LLC Agencia de subrogación en San Diego, California (2014).

El contrato de gestación por sustitución entre la mujer gestante y los padres de intención y la filiación del menor fue el tema tratado en la Cuarta mesa que moderó Antonio Martínez Santos, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Los ponentes de esta mesa fueron Pilar Benavente Moreda, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid y María José Cabezudo Bajo, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

El interés superior del menor: confidencialidad y derecho a conocer sus orígenes fue la cuestión abordada en la Quinta mesa, moderada por Elisa Saló Sacristán, psicóloga sanitaria-psicoterapeuta, experta en Psicología y Reproducción y cuyos ponentes fueron Ana-Paz Garibo Peyró, Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, María Fernanda Moretón Sanz, Profesora Titular de Derecho Civil de

la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y Taysa Schiocchet, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Paraná (UFPR) y Coordinadora de la Clínica de Derechos Humanos de la UFPR.

La última mesa, la Sexta, relativa al reconocimiento de la filiación en los casos de *cross-border surrogacy*, moderada por Paulo Ramón Suárez Xavier, Investigador Posdoctoral Margarita Salas de la Universidad de Málaga / Universidad de Barcelona y miembro del Observatorio de Bioética y Derecho / Cátedra UNESCO, estuvo integrada por las ponentes Antonia Durán Ayago, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca y por Juliana Rodríguez Rodrigo, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

Finalmente se presentaron varias comunicaciones de las que resulta destacable la defendida por Nancy Anne Konvalinka, Profesora Titular del Departamento de Antropología Social y Cultural de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional Educación a Distancia (UNED), titulada “La responsabilidad mutua en la relación entre los padres intencionales y las gestantes subrogadas”.

Precisamente estas Jornadas fueron el origen de este libro, pues contiene esencialmente algunas de las mencionadas presentaciones. Este trabajo colectivo constituye otra forma de difusión de los resultados alcanzados en el Proyecto de investigación IMIENS 2019-004. En concreto, forman parte de esta obra los excelentes trabajos de Vicente Bellver Capella, en el que aborda, junto con Lukas Romero Wenz, éste último como primer autor, la “Gestación por sustitución: presupuestos antropológicos y posibilidades regulatorias”, Pilar Benavente Moreda, que expone “La necesidad de regular la gestación subrogada: relevancia del contrato de gestación por sustitución entre la persona gestante y los padres de intención para la protección de los intereses en juego”, María José Cabezudo Bajo, que plantea una “Propuesta de un modelo de *surrogacy* jurídicamente seguro”, Antonia Durán Ayago, que desarrolla “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución”, David González Gerpe, que analiza el tema de “La mujer gestante, los padres de intención y el papel de las agencias facilitadoras de la gestación por sustitución y la donación”, Taysa Schiocchet, junto con Ana Carolina Pedrosa Massaro, que investiga el “Panorama regulatorio de la gestación por sustitución en Brasil: derecho al anonimato versus conocimiento de sus orígenes”, Pedro Talavera Fernández, que aborda la cuestión relativa a si “¿Puede subrogarse la maternidad? La discutible primacía de la voluntad sobre la biología en los contratos de gestación”, y, finalmente, Antonio José Vela Sánchez, que analiza “El derecho a la identidad en el convenio de gestación por sustitución”.

Asimismo, se invitó a participar a investigadores españoles que han dedicado parte de su investigación al estudio de este tema. Así, se han incluido los trabajos de Angel Corredor Agulló sobre “Las bioeconomías, el Derecho y la maternidad subrogada”, de Pedro Fuentes Castro, que expone “Medicina reproductiva: gestación por sustitución en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida”, Inmaculada García Presas, que analiza “La gestación por sustitución en el Derecho Comparado. ¿Es necesario regularla en

España?, Nancy Anne Konvalinka, que desarrolla “La responsabilidad mutua en la relación entre los padres intencionales y las gestantes por sustitución” y, finalmente, Paulo Ramón Suarez Xavier que plantea unas “Breves notas sobre la gestación por sustitución desde la perspectiva de la jurisprudencia brasileña”.

Todos los trabajos se han organizado por orden alfabético, según el apellido del primer o único autor. Gracias a la suma de todos ellos, se pretende contribuir a abrir un debate esencialmente jurídico, razonado y constructivo desde distintas perspectivas y variadas posiciones sobre la conveniencia de una regulación autorizante en España de la gestación por sustitución así como, en su caso, del mejor modelo que pudiera preverse legislativamente. Por ello, quiero dar las gracias a todos los autores por su generosa participación en este libro.

Finalmente, por su contribución al buen desarrollo del proyecto de investigación IMIENS 2019-004, en cuyo marco se ha realizado esta publicación, quiero mostrar mi profundo agradecimiento a Olga Felan-Dils, jurista y experta en *surrogacy* en el Estado de California, por su contribución al desarrollo de mi investigación en general y, en particular, en relación con el estudio del California *Surrogacy Law*; y, asimismo y especialmente a Andrew W. Vorzimer, jurista, experto en *surrogacy* y padre de la *California Surrogacy Law* por toda la información que me ha facilitado y las discusiones mantenidas.

La Coordinadora