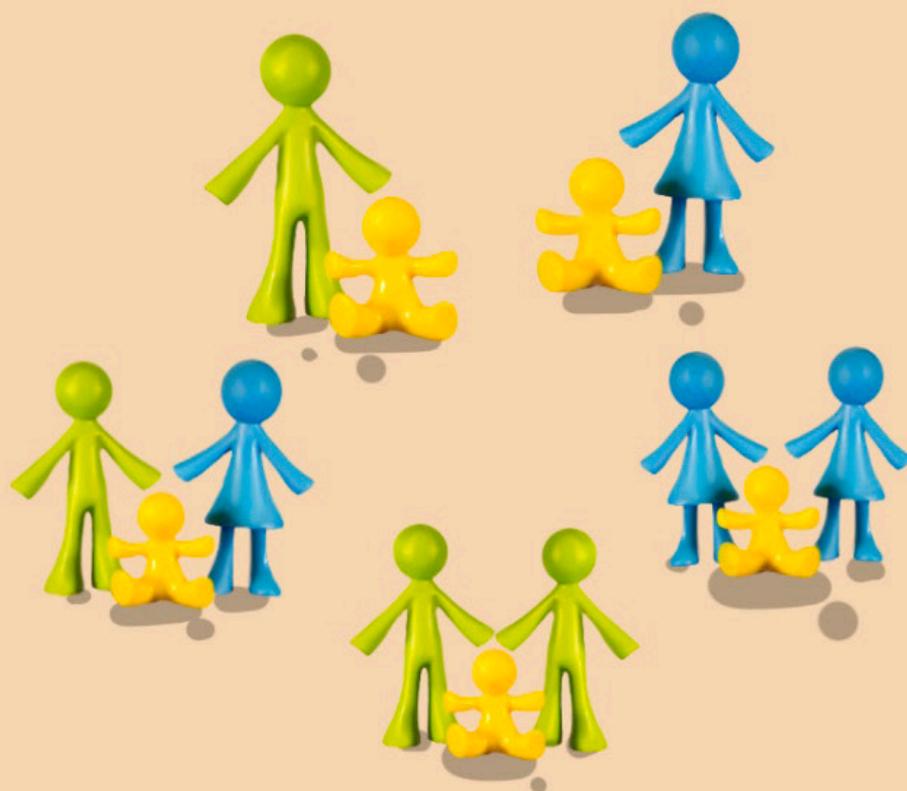


MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
(Directora)



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



**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

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 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

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS.....	15
--	-----------

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

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	21
--	-----------

PILAR BENAVENTE MOREDA

I. INTRODUCCIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN E INTERESES EN JUEGO. NECESIDAD DE REGULACIÓN.....	22
II. PROBLEMÁTICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y ACUERDO DE VOLUNTADES EN LA GESTACIÓN SUBROGADA	26
1. Un primer escalón: Sobre la validez o invalidez ab initio de un contrato cuyo objeto es la subrogación de la gestación de un menor y su entrega a los comitentes. Objeto y la causa del contrato. El caso español.....	30
A) Normativa interna. El artículo 10 de la LTRHA. Nulidad del contrato de Gestación por sustitución.....	34
B) La solución a los supuestos de Gestación por sustitución con elemento internacional: Posicionamiento contradictorio entre la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia (antes DGRN) y el TS	39
2. Un segundo escalón: Un contrato válido ante un posible consentimiento inválido. Capacidad de la persona gestante para consentir. Derecho de arrepentimiento o irrevocabilidad del consentimiento	51
3. Tercer escalón. La forma de paliar la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer gestante y del interés superior del menor a través de una regulación contractual protectora	60
A) La situación en los ordenamientos que no han legislado sobre GS	62
B) Las recomendaciones de los Organismos Internacionales	66
C) La esencia de los 18 Principios de Verona de 2021 como indicativos de algunos requisitos que serían esenciales para el pleno reconocimiento del contrato de gestación por sustitución	69
III. REFLEXIONES FINALES.....	77

PROPUESTA DE UN MODELO DE SURROGACY JURÍDICAMENTE SEGURO 81
 MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

I.	CONCEPTO DE MODELO DE GESTACION POR SUSTITUCIÓN JURÍDICAMENTE SEGURO	81
II.	ELEMENTOS ESENCIALES	83
	1. Surrogacy en el marco de la Jurisdicción	83
	2. Concepto amplio de <i>IPs</i> y su evaluación psicológica previa.....	85
	3. Idoneidad de la mujer gestante y probabilidad de éxito de la TRHA	90
	4. Consentimiento informado de la mujer gestante	95
	5. Distinción entre entidades realizadoras y entidades facilitadoras de la <i>surrogacy</i> y, en su caso, de la donación	96
	A) Justificación.....	96
	B) La “realización” de la <i>surrogacy</i> y, en su caso, de la donación de gametos o embriones en centros y servicios sanitarios y por personal sanitario	98
	C) La “facilitación” de la <i>surrogacy</i> y, en su caso, de la donación de gametos y embriones en empresas privadas o agencias y por personal no sanitario	99
	a) Recepción y aceptación de las solicitudes de los candidatos a mujer gestante y donante	100
	b) Tratamiento del perfil de la mujer gestante y de los donantes en sus bases de datos y el <i>matching</i> libre, personal y recíproco	102
	c) Gestión de la posterior relación entre los <i>IPs</i> y la mujer gestante	104
	6. Carácter contractual de la <i>surrogacy</i>	105
	7. Imposible revocación de la filiación acordada en el contrato de <i>surrogacy</i>	109
	8. <i>Surrogacy</i> compensada económicamente.....	111
	9. Carácter contractual de la donación eventual de gametos: libertad en el anonimato y elección personal de los <i>IPs</i>	116
	10. Filiación mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor.....	118
	11. Procedimiento judicial no contradictorio	122
	12. Filiación por naturaleza en favor de los <i>IPs</i>	123
	13. Interés superior del menor: confidencialidad y transmisión de sus orígenes	125
III.	CONCLUSIONES	126
	AGRADECIMIENTOS	127

LAS BIOECONOMÍAS, EL DERECHO Y LA MATERNIDAD SUBROGADA .. 129
 ÁNGEL CORREDOR AGULLÓ

I.	INTRODUCCIÓN	129
	A) El término bioeconomía	129
	B) Falta de consenso en la terminología	130
II.	DE LOS DESEOS A LAS NECESIDADES VITALES	131
	A) Alternativa para satisfacer los deseos	131
	B) La maternidad subrogada no es una necesidad, sino un deseo	132

III. ¿ANTE QUÉ TIPO DE CONTRATO NOS ENCONTRAMOS?: ¿COMPRAVENTA, DEPÓSITO, OBRA, LABORAL, SERVICIOS...?	133
A) Contrato de depósito	133
B) ¿Contrato de compraventa de niños o contrato de prestación de servicios?	134
IV. EL ARGUMENTO DE COACCIÓN Y EL DE CORRUPCIÓN	135
A) Argumento de coacción	136
B) ¿Obligación de medios o de resultado?	137
C) Argumento de corrupción	138
V. MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN ECONÓMICA O MODELOS DE MERCADO	138
A) ¿Son los mercados de maternidad subrogada perniciosos?	138
B) Clasificaciones.	139
C) El tratamiento de la mujer y del/ de la menor como un producto del mercado	140
D) El mercado y el supuesto derecho a un hijo o una hija	141
E) Agencias de intermediación	142
F) El supuesto altruismo	143
G) La transparencia	144
H) La adopción de niños necesitados de padres y de madres	144
I) Consecuencias económicas	145
VI. CONCLUSIONES FINALES	145
VII. FUENTES DE INFORMACIÓN	146

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE LOS NIÑOS NACIDOS POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN...... 149
ANTONIA DURÁN AYAGO

I. PROEMIO: DE DÓNDE VENIMOS, ADÓNDE VAMOS	149
II. JURISPRUDENCIA DEL TEDH	152
1. Notas preliminares	152
2. Asuntos resueltos	155
a. Asuntos Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014 y Labasse contra Francia, de 26 de junio de 2014. Mención a los asuntos Foulon et Bouvet contra Francia, 21 de octubre de 2016 y Laborie contra Francia, de 19 de enero de 2017	155
b. Asunto D. y otros contra Bélgica, de 8 de julio de 2014	158
c. Asunto Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017	159
d. Asunto C. y E. contra Francia, de 19 de noviembre de 2019 y Asunto D. contra Francia, de 16 de julio de 2020	161
e. Asunto Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, de 18 de mayo de 2021	162
f. Schlittner-Hay contra Polonia, de 16 de noviembre de 2021	163
g. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre la madre comitente y el hijo nacido	

a través de gestación por sustitución (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia)	164
h. A.M. contra Noruega, de 24 de junio de 2022	164
i. A.L. contra Francia, de 7 de julio de 2022	165
j. DB y otros contra Suiza, de 22 de noviembre de 2022	166
k. KK y otros contra Dinamarca, de 6 de diciembre de 2022	166
III. TENDENCIAS QUE MARCAN EL CAMINO	166
IV. LA AYUDA ADYACENTE: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA SENTENCIA “PANCHAREVO” Y EL AUTO RZECZNIK	167
V. ESBOZO DE CONCLUSIONES.....	172

MEDICINA REPRODUCTIVA: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....

PEDRO FUENTES CASTRO

I. DEFINICIONES	175
II. CLASIFICACIÓN.....	177
1. Técnicas Reproductivas	177
2. Gestación por Sustitución	180
III. INDICACIONES	181
IV. CONTRAINDICACIONES	182
V. REQUISITOS DE LA PERSONA GESTANTE	182
VI. REQUISITOS DE LOS PADRES/MADRES INTENCIONALES	185
VII. CONSEJERÍA PSICOEDUCATIVA	187
VIII. TRANSFERENCIA EMBRIONARIA.....	188
IX. SITUACIÓN DE LA MEDICINA REPRODUCTIVA EN EUROPA	190
X. COROLARIO.....	191
BIBLIOGRAFÍA	192

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO ¿ES NECESARIO REGULARLA EN ESPAÑA?.....

INMACULADA GARCÍA PRESAS

I. INTRODUCCIÓN.....	195
II. CUESTIONES A VALORAR SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	197
1. Concepto de gestación por sustitución.....	197
2. Gestación por sustitución altruista y comercial.....	198
3. Posicionamientos en contra y a favor de la gestación por sustitución	200
A) En contra	200
B) A favor	202
III. CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	204
1. Países que deberían servir de inspiración a España si, en el futuro, se regula la gestación por sustitución	206

2. Países a los que frecuentemente acuden los españoles para someterse a la gestación por sustitución.....	207
IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA	209
1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida	209
2. Discrepancias entre el Tribunal Supremo y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.....	211
3. Proposición de Ley de 2017	212
4. Proposición de Ley de 2019	213
V. FUTURO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: PROPUESTA DE REGULACIÓN	214
1. Requisitos de la gestante	214
2. Requisitos de la parte comitente.....	215
3. Carácter no lucrativo	216
4. Intervención de la autoridad judicial.....	216
VI. REFLEXIONES FINALES.....	217
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	219

LA MUJER GESTANTE, LOS PADRES DE INTENCIÓN Y EL PAPEL DE LAS AGENCIAS FACILITADORAS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA DONACIÓN 223

DAVID GONZÁLEZ GERPE

1. INTRODUCCIÓN.....	223
2. FAMILIAS QUE RECURREN A GESTACIÓN SUBROGADA	225
3. EL PROCESO	227
4. EL MATCHING.....	230
5. ASESORAMIENTO COUNSELING	231
6. LA MUJER GESTANTE.....	233
1. Características que debe reunir una mujer gestante	233
2. Evaluación psicológica de la mujer gestante.....	234
3. Criterios de selección o exclusión de la mujer gestante	236
A. Criterios de selección.....	236
B. Criterios de exclusión	237
7. LOS PADRES DE INTENCIÓN	238
1. Evaluación psicológica de los padres de intención	238
2. Criterios de exclusión de los padres de intención.....	240
8. AGENCIAS, CLÍNICAS Y CONSULTORAS.....	240
BIBLIOGRAFÍA	242

LA RESPONSABILIDAD MUTUA EN LA RELACIÓN ENTRE LOS PADRES INTENCIONALES Y LAS GESTANTES POR SUSTITUCIÓN 243

NANCY ANNE KONVALINKA

I. INTRODUCCIÓN.....	243
II. OBJETIVOS.....	244

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	244
IV. MARCO TEÓRICO.....	246
V. METODOLOGÍA Y TRABAJO DE CAMPO	247
VI. ANÁLISIS DE LOS DATOS PRODUCIDOS	248
1. Adquisición de gametos donados versus el proceso de gestación por sustitución	250
2. Padres y madres intencionales en España, con subrogación en Ucrania.....	252
3. Padres y madres intencionales y gestantes en los Estados Unidos	253
4. Agencias que fomentan la construcción de una relación	254
VII. CONCLUSIONES	258
VIII. AGRADECIMIENTOS	259
IX. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES	259

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PRESUPUESTOS ANTROPOLÓGICOS Y POSIBILIDADES REGULATORIAS

LUKAS ROMERO WENZ Y VICENTE BELLVER CAPELLA

I. INTRODUCCIÓN: POR QUÉ LA ÚNICA FORMA DE HABLAR DE MATERNIDAD SUBROGADA ES NO HABLAR DE ELLA	261
II. ONÁN, KONRAD, TELÉMACO Y EDIPO: QUÉ SIGNIFICA “NACER” (RECORRIDO ANTROPOLÓGICO-FILOSÓFICO).....	264
1. Onán, o el falso dilema de la maternidad biológica y la cultural	265
2. Konrad, o la paradoja del hijo “engendrado y no producido”	267
A. La historia de Konrad	267
B. El niño “engendrado, y no producido”	268
3. Edipo y Telémaco, o por qué el hijo es a la vez menor y mayor que su padre.....	270
III. ANÁLISIS CRÍTICO DE UNA PROPUESTA REGULATORIA QUE NO FUE, PERO QUE PODRÍA SER	273
1. La maternidad subrogada como derecho y contrato	274
2. Sobre la compensación a la gestante	276
3. Sobre los requisitos para la gestante y la determinación de la filiación.....	279
4. Sobre el anonimato acerca de los orígenes biológicos del niño	280
5. Otros aspectos criticables de la PL.....	282
IV. ALGUNAS PROPUESTAS Y CONCLUSIONES	284

PANORAMA REGULATORIO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN BRASIL: DERECHO AL ANONIMATO VERSUS CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES

TAYSA SCHIOCCHET Y ANA CAROLINA PEDROSA MASSARO

1. INTRODUCCIÓN	289
2. CONDICIONES Y PRÁCTICAS SOCIALES PREVIAS AL ACTUAL DEBATE LEGISLATIVO BRASILEÑO	292

3.	TRATAMIENTO LEGAL Y DEONTOLÓGICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN BRASIL.....	294
3.1.	El vacío legal sobre la AHR y la gestación por sustitución	294
3.2.	Marcos infralegales de la gestación por sustitución en los poderes ejecutivo y judicial de Brasil.....	296
4.	DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONTROVERSA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CONOCER SU ORIGEN FRENTE AL DERECHO AL ANONIMATO DE LOS DONANTES/CEDENTES.....	300
5.	CONCLUSIÓN	304
6.	REFERENCIAS.....	305

BREVES NOTAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA	309
PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER	

INTRODUCCIÓN	309
I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN BRASIL.....	310
II. ASPECTOS RELATIVOS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE BRASIL	313
2.1. La paternidad socioafectiva	314
III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y PERSPECTIVA GARANTISTA....	317
IV. A GUISA DE CONCLUSIONES.....	319

¿PUEDE SUBROGARSE LA MATERNIDAD? LA DISCUTIBLE PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE LA BIOLOGÍA EN LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN	321
PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ	

I. EL DIVORCIO ENTRE EL DERECHO Y LA PRECEPCIÓN SOCIAL...	321
II. LA DECONSTRUCCIÓN SEMÁNTICA DEL PROCESO PROCREATIVO HUMANO.....	325
III. LA DISOCIACIÓN ENTRE MATERNIDAD Y GESTACIÓN.....	329
IV. LA DECONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD CONTRA EL PRINCIPIO <i>MATER SEMPER CERTA EST</i>	332
4.1. La imprudente disociación entre lo biológico y lo genético en la TRHA	332
4.2. La incoherente disociación entre lo biológico y lo intencional en las TRHA	333
V. LA AGONÍA DEL PRINCIPIO <i>MATER SEMPER CERTA EST</i>	339
VI. CONCLUSIONES.....	340

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	343
ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ	

I. PRELIMINAR.....	343
--------------------	-----

1.	Aproximación al llamado derecho a la identidad de las personas.....	343
2.	Referencia a la tutela jurídica esencial de este fundamental derecho a la identidad	346
II.	LAS CONSIDERACIONES PRINCIPALES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL CONVENIO GESTACIONAL	347
1.	La ineludible conexión entre el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada o familiar	348
A)	La posición de las Sentencias Mennesson contra Francia y Labassee contra Francia.....	348
B)	La confirmación de la anterior doctrina por la Sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia	350
C)	El aclaratorio Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019.....	351
2.	El derecho del nacido mediante convenio gestacional a conocer a la mujer gestante o sus orígenes biológicos	352
III.	LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS EN ESTA SEDE.....	353
1.	Las consecuencias de la nulidad del convenio de gestación por sustitución en el derecho a la identidad del nacido	353
2.	Derecho a la identidad y anonimato de la mujer gestante en el convenio gestacional	355

PROPUESTA DE UN MODELO DE *SURROGACY* JURÍDICAMENTE SEGURO

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO
Catedrática de Derecho Procesal
UNED

DOI: 10.14679/2482

El principal problema que hemos identificado en relación con el estado de la cuestión sobre la regulación de la gestación por sustitución en España es que no cualquier persona con problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural puede formar su familia mediante el uso de las TRHA. Y, ello, porque, alguna de ellas, como la gestación por sustitución, que está conformada por un conjunto de TRHA científicamente probadas y aplicadas desde hace bastantes décadas con éxito en diversos países, estando regulada en España, no está autorizada en el ordenamiento jurídico español con suficientes garantías.

Ante este problema, el objetivo de este trabajo consistirá en llevar a cabo las actuaciones necesarias para resolverlo, las cuales tendrán como fin la propuesta de un modelo de *surrogacy* jurídicamente seguro. Ello implicará, conforme al análisis que hemos realizado en otro trabajo del Derecho comparado que consideramos “de referencia”, la formulación del concepto de un modelo de GS jurídicamente seguro y sus elementos esenciales. Este es el doble propósito de este trabajo que será desarrollado en los dos siguientes apartados. Finalizaremos con la exposición de las conclusiones del trabajo.

I. CONCEPTO DE MODELO DE GESTACION POR SUSTITUCIÓN JURÍDICAMENTE SEGURO

Conforme al análisis que hemos realizado en otro trabajo del Derecho comparado que consideramos “de referencia”, hemos formulado el concepto de un modelo de GS jurídicamente seguro del que derivaremos 13 elementos esenciales. Queremos recordar que nuestro Derecho nacional “de referencia” estaría integrado por el *Surrogacy Law* previsto en los Estados de Nevada¹, California², Connecti-

¹ Previsto en Nev. Rev. Stat. NRS 126.500-126.810. Disponible en: <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-126.html#NRS126Sec500>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

² Se regula en el California Family Law Sections 7960 - 7962. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217. Fecha de consulta: 16/03/2023. Asimismo, toma en cuenta el *case law*: Johnson v. Calvert (1993) y Buzzanca v. Buzzanca (1998).

cut³, Distrito de Columbia⁴, Delaware⁵, Maine⁶, New Jersey⁷, New Hampshire⁸, Washington⁹ y Vermont¹⁰.

En concreto, el modelo de GS jurídicamente seguro que proponemos podemos definirlo como aquel que va a cumplir con las tres siguientes condiciones.

En primer lugar, este modelo es jurídicamente seguro porque posibilita el acceso a esta TRHA a cualquier sujeto con problema infertilidad y/o esterilidad estructural. Así pues, nuestro modelo se caracteriza porque contempla un concepto amplio de *IPs*.

En segundo término, la seguridad jurídica que caracteriza este modelo viene determinada porque garantiza el desarrollo de un proceso de GS respetuoso con los derechos y obligaciones de las principales partes afectadas. Respecto de esta condición hemos de efectuar una aclaración relativa a quiénes son, a nuestro juicio, las principales partes intervinientes en un caso de GS a las que nuestro modelo de GS les otorga seguridad jurídica o la mayor seguridad jurídica posible. En este sentido, partimos del hecho de que en un proceso de *surrogacy* participan o pueden hacerlo fundamentalmente y sin ser absolutamente exhaustivos, los embriólogos, nutricionistas, ginecólogos, en general, el personal que trabaja en las clínicas reproductivas y, en última instancia, el conjunto del personal sanitario, abogados, jueces, notarios o el personal que trabaja en las agencias dedicadas a la GS. De todos ellos, cuando nos referimos a las más relevantes partes implicadas no son otras que el menor, la mujer gestante y los padres de intención.

Finalmente, la tercera condición que consideramos incluida en el concepto de seguridad jurídica atribuida al modelo teórico que estamos desarrollando es que ha de establecer un adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones de las tres principales partes intervinientes anteriormente indicadas.

Conforme a dicho significado, este modelo de GS contará con trece elementos esenciales en virtud de los cuales será posible concretarlo. Sin perjuicio de que sean analizados en el siguiente punto, los componentes esenciales de este modelo teórico que posibilita, a

³ Está previsto en Conn.Gen.Stat.§7-48a. Disponible en: <https://law.justia.com/codes/connecticut/2015/title-7/chapter-93/section-7-48>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

⁴ Se establece en: DC Law 21-0255. Disponible en: <https://code.dccouncil.us/dc/council/code/titles/16/chapters/4/>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

⁵ Autorizado en: Delaware Code 13, § 8-801 through § 8-810. Disponible en: <https://delcode.delaware.gov/title13/c008/sc08/index.shtml>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

⁶ Previsto en The Maine Parentage. Title 19A, Chapter 61. Disponible en: <https://legislature.maine.gov/statutes/19-A/title19-Ach61sec0.html>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

⁷ Regulado en The New Jersey Gestational Carrier Agreement Act. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2018/Bills/A2000/1704_I1.HTM. Fecha de consulta: 16/03/2023.

⁸ Establecido en: N.H.Rev.Stat. Ann.168-B. Disponible en: <http://gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.html>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

⁹ Regulado en: RCW 26.26A. Disponible en: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

¹⁰ Autorizado en The Vermont Parentage Act of 2018. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2018/Bills/A2000/1704_I1.HTM. Fecha de consulta: 16/03/2023.

nuestro juicio, la configuración de un modelo jurídicamente seguro o, al menos, lo más seguro posible, son los siguientes.

El principal rasgo que caracteriza este modelo es que es el Poder Judicial y no la Administración quien ha de establecer la filiación en favor de los *IPs*. Junto con dicho factor clave, este modelo se caracteriza por la concurrencia de otros doce elementos esenciales, como son, un concepto amplio de *IPs* con valoración psicológica previa; la idoneidad de la mujer gestante y la probabilidad de éxito de la TRHA; el consentimiento informado de mujer gestante; la distinción entre las entidades realizadoras y las entidades facilitadoras de la GS y, en su caso, de la donación; el carácter contractual de la *surrogacy*; la imposibilidad de revocar la filiación acordada en el contrato de GS; la *surrogacy* compensada económicamente; el carácter contractual de la donación eventual de gametos caracterizada por la libertad en el anonimato y la elección personal por los *IPs* de la donante; la filiación establecida mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor; la naturaleza no contradictoria del procedimiento judicial de filiación; la atribución de una filiación por naturaleza en favor de los *IPs*; y el interés superior del menor concretado en la confidencialidad de la filiación frente a terceros y en la obligación de los *IPs* de transmitir al menor sus orígenes al menor.

II. ELEMENTOS ESENCIALES

A continuación, los elementos esenciales anteriormente expuestos serán desarrollados. Ciertamente, hemos inferido fundamentalmente tales factores del Derecho comparado “de referencia”, si bien algunos de ellos han sido asimismo defendidos por algunos autores, tal y como iremos destacando.

1. *Surrogacy* en el marco de la Jurisdicción

La nota esencial que caracteriza nuestro modelo teórico de GS es que ha de ser el Poder Judicial y no la Administración quien revise u homologue cada caso de *surrogacy* antes de que tenga lugar el nacimiento del menor y que, mediante sentencia, establezca la filiación en favor de los *IPs*. En concreto, vamos a exponer las razones que nos llevan a judicializar cada supuesto de GS y las funciones que ha de desempeñar el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Para comenzar, hemos de señalar que la atribución al Poder Judicial, que es independiente y está únicamente al imperio de la Ley, de la competencia para establecer la filiación del niño resultante como consecuencia de la aplicación de esta TRHA en favor del *IP* o los *IPs* otorga a dicha relación parental un valor añadido. El hecho de que se trate de una TRHA que se aplica durante un amplio período de tiempo desaconseja, desde nuestro punto de vista, que tal filiación pueda ser establecida con las suficientes garantías por una dependiente Administración. Ello nos ha llevado a no tomar en consideración para la configuración de nuestro modelo aquellos ordenamientos jurídicos que han previsto que no

sea una autoridad judicial quien supervise el proceso de GS y establezca la filiación. Sería el caso de Estados como Rusia¹¹ o Ucrania¹² cuyos Derechos nacionales no contemplan esta exigencia jurisdiccional.

Respecto a las funciones que ha de desempeñar el Poder Judicial son esencialmente dos. En primer lugar, tendrá que comprobar que el contrato de GS que las partes, el *IP* o los *IPs* y la mujer gestante, han firmado es conforme al *Surrogacy Law* del Estado que resulte de aplicación en cada caso. Conforme a ello, en segundo término, y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos procedimentales que establezca el ordenamiento jurídico concreto, podrá dictar, en su caso, la sentencia de filiación en favor de los *IPs*.

En virtud de las funciones anteriormente expuestas, cabe destacar que, entre ellas, no está la de autorizar el uso de la GS con carácter previo a la aplicación médica de esta TRHA, como acontece en Grecia¹³ o ha propuesto la SEF¹⁴. Por el contrario, en el modelo

¹¹ Las principales fuentes en las que está regulada la *surrogacy* son las siguientes: 1) the Family Code 1995 (as amended), enacted from the 1st of March 1996 (hereafter – FC); 2) the Federal Law on the Fundamentals of Protection of Citizens' Health in Russian Federation 2011 (hereafter – the Law on Citizens' Health 2011), section that concerns application of assisted reproduction (including surrogate motherhood) enacted from the 1st of January 2012 (this Law replaced the Fundamentals of Legislation of RF on Protection of Citizens' Health 1993 – hereafter the Law on Citizens' Health 1993); 3) the Federal Law on the Acts of Registration of Civil Status 1997 (as amended), enacted from the day of its official publication; 4) Russian Federation (RF) Ministry of Health Order No. 67 of 26.02.2003 “On Application of Assisted Reproductive Technologies (ART) at Therapy of Female and Male Infertility” (hereinafter – the Ministry of Health Order on ART 2003) together with Regulation on application of assisted reproduction methods (replaced RF Ministry of Health Order No. 301 of 28.12.1993 “On application of the method of artificial insemination of women with the donor's sperm by medical indications and of the method of extra-corporeal fertilization and transfer of an embryo to the uterus to treat female infertility” – hereafter RF Ministry of Health Order 1993). Esta información está disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). Fecha de consulta 05/03/2023. Recientemente, en enero de 2021 se ha planteado la restricción de la regulación rusa actual, con el propósito de excluir a las parejas no casadas rusas y la *cross-border surrogacy*. Esta información está disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_155330. Fecha de consulta: 05/03/2023.

¹² En Ucrania, las TRHA, y la *surrogacy* en particular, están autorizadas y reguladas en el conjunto de normas siguientes: 1) Family Code of Ukraine 2002; 2) Order of the Ministry of Health of Ukraine No 787 adopted on the 9 September 2013 “On the Approval of the Procedure of assisted reproductive technologies appliance in Ukraine” (Order No 787); 3) The Rules of Registration of Civil Status Acts in Ukraine approved by the decree of the Ministry of Justice of Ukraine on 18 October 2000; 4) The Law of Ukraine “On Fundamentals of the Legislation of Ukraine on Health Care” adopted on 19 November 1992; 5) Civil Code of Ukraine 2004. Esta información está disponible en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-564-3065?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a438320](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-564-3065?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a438320). Fecha de consulta: 05/03/2023.

¹³ La *surrogacy* está regulada en Grecia por la combinación de diversos preceptos, que son los artículos 1458 y 1464 del *Civil Code*, artículo 8 del *Law 3089/2002 on medically assisted human reproduction* y el artículo 13 de la *Law 3305/2005*. Tres años después la *Law 3305/2005* estableció el concepto y significado de los “*reasonable expenses*” o “gastos razonable” que hay que pagar a la *surrogate*. Esta información está disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). Fecha de consulta 05/03/2023.

¹⁴ La SEF defiende una aprobación judicial previa al inicio del proceso médico. Ello se contiene en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha

que proponemos las partes son libres de llevar a cabo esta TRHA y, por ello, de firmar el contrato de GS. Ahora bien, firmado el contrato de *surrogacy* y, posteriormente, iniciado el proceso médico, los *IPs* tendrán que solicitar ante el órgano jurisdiccional competente la validación del citado contrato de subrogación con el fin de establecer su relación parental con el menor. Si el órgano jurisdiccional comprueba que cumple con el *Surrogacy Law* correspondiente podrá proceder a dictar una sentencia estableciendo la filiación del menor en favor de los *IPs*.

De lo anterior se infiere que nuestro modelo prevé que el control jurisdiccional de cada asunto de GS se lleve a cabo dentro de un procedimiento no contradictorio, en principio, sin perjuicio de que, no obstante, puede devenir contencioso si el órgano jurisdiccional detecta que el contrato firmado contiene cláusulas contrarias al *Surrogacy Law*, tal y como expondremos más adelante¹⁵. En definitiva, el órgano jurisdiccional competente ha de llevar a cabo *prima facie* una función de homologación del contrato que firmaron las partes, esto es, la mujer gestante y los padres intencionales.

2. Concepto amplio de *IPs* y su evaluación psicológica previa

En el modelo de GS que proponemos, el *IP* o los *IPs*, como usuarios de esta TRHA, pueden serlo cualquier sujeto que acredite tener un problema de infertilidad y/o esterilidad estructural con independencia de cualquier otro factor personal, lo que dota de seguridad jurídica al modelo. Siendo amplio el concepto de *IPs* que planteamos, lo cierto es que consideramos que para contribuir aun más al desarrollo de un modelo de GS jurídicamente seguro, es preciso que los *IPs* hayan superado una evaluación psicológica previa al inicio de la aplicación de esta TRHA. Ambas cuestiones serán analizadas seguidamente.

En primer lugar, expondremos el concepto de *IP* o *IPs*. Para ello, comenzaremos destacando que los *IPs* son los usuarios de esta TRHA puesto que son ellos los que solicitan la aplicación de la GS. La intervención de la mujer gestante está supeditada a que los *IPs* decidan ser usuarios de esta técnica reproductiva y, eventualmente, pueden participar donantes si por las circunstancias de los *IPs* así se requiere. Así pues, siendo los padres de intención los usuarios de las técnicas reproductivas, lo cierto es que se ha de contar con la necesaria intervención de la mujer gestante y, si es necesario, con la participación de donantes.

Dicho esto, podemos definir a los *IPs* como aquel sujeto, casado o no, que expresa su intención de vincularse legalmente como padre o madre del menor nacido de acuerdo con la TRHA en que consiste la GS¹⁶. Conforme a dicha noción, expondremos las razo-

sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

¹⁵ Vide infra el punto II.11.

¹⁶ Para formular esta definición, hemos tomado como base la sección 7960 (c) del *California Family Code*. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&diviion=12.&title=&part=7.&chapter=&article=. Fecha de consulta: 05/03/2023.

nes que nos han llevado a establecer un concepto tan amplio de *IPs* que permite que se pueda incluir bajo tal denominación esencialmente a cualquier individuo que acredite un problema de infertilidad y/o esterilidad estructural¹⁷.

En este sentido, hemos de recordar que precisamente el principal problema del que partimos en este trabajo es el de la discriminación jurídicamente injustificada que existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales a la hora de regular la condición de usuario de las TRHA científicamente probadas y aplicadas desde hace años. Este problema nos llevó a establecer una hipótesis de partida y el objetivo del trabajo que es la elaboración de un modelo de *surrogacy* jurídicamente seguro. Cuando establecíamos el significado de “modelo jurídicamente seguro” la primera condición que incluimos para conformar dicha expresión es que cualquier persona con problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural pudiera acceder a la GS. En coherencia con ello, uno de los elementos que han de configurar el modelo que estamos desarrollando debe ser un concepto amplio de *IP*.

Precisamente con la inclusión de este elemento esencial en el modelo teórico de GS que estamos desarrollando, cualquier individuo que acredite tener problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural y que, a pesar de ello, pudiera formar su familia a través de la GS, podrá ser usuario de esta TRHA¹⁸. Y, ello, por tanto, con independencia de otros factores tales su estado civil, orientación sexual y si tiene vínculo genético o no con el menor. Tales circunstancias no deben impedir que un ciudadano adquiera el rol de *IP* en un proceso de GS, en la línea de lo que va sucediendo con el resto de las TRHA. Con ello, se evita la discriminación injustificada desde un punto de vista jurídico que pueda producirse por circunstancias personales o sociales.

En relación con el estado civil, no consideramos que deba exigirse la obligación de que los *IPs* estén casados o sean parejas de hecho o estén solteros, en la línea de algunos de los Derechos nacionales “de referencia”. También esta postura está avalada por la reciente modificación del *Surrogacy Law* del Reino Unido¹⁹.

¹⁷ En esta línea se sitúan las directrices contenidas en la “*Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*”, que han sido elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*, vol. 107, nº 2, February 2017, en relación con las indicaciones para el uso de la *gestational carrier* y habida cuenta de los problemas reproductivos que puede tener el *IP* o los *IPs*. Se encuentran disponibles en: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/practice-guidelines/for-non-members/recs_for_practices_utilizing_gestational_carriers.pdf. Fecha de consulta: 05/03/2023.

¹⁸ Este cuestión ha sido tomada en consideración en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 19/07/2021.

¹⁹ En 2019, la *UK Surrogacy Law* se modificó para permitir que los padres solteros puedan solicitar órdenes parentales. En concreto, el 3 de enero de 2019, se aprobó una ley que permite que las personas solteras soliciten órdenes parentales y es la *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018*. Ello fue posible gracias a que, conforme a la sección 10 del *Human Rights Act 1998*, pudo modificarse la sección 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* para que fuera compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El origen de esta modificación legislativa fue estuvo en el caso de *Z (A Child)* [2015] EWFC 73, en el que el tribunal consideró que la sección 54 de la *Human Fertilisation and*

En cuanto a su orientación sexual, asumimos que no debe establecerse limitación alguna en relación a esta cuestión de manera que pueden ser usuarios de la GS las parejas heterosexuales, homosexuales masculinas y femeninas, así como los hombres y mujeres solteros, en sintonía con algunos de los ordenamientos incluidos en el Derecho comparado “de referencia”. Y, asimismo, tampoco respecto a aquellas personas que desean formar su familia transgénero donde uno o los dos progenitores lo son. De esta manera, se eliminaría la discriminación hacia las mujeres con incapacidad para gestar respecto de aquellas que sí pueden hacerlo y de aquellos hombres que debido a que tienen una esterilidad estructural no pueden hacerlo. En definitiva, se asegura que parejas heterosexuales, homoparentales masculinas y femeninas e individuos solteros, hombres o mujeres, que lo pretendan puedan crear su familia a través de esta TRHA, sí como aquellas personas que quieren formar una familia transgénero.

Respecto al vínculo genético o no con el menor que debieran tener los *IPs* o el *IP*, en este modelo no se reclama que ambos o alguno de ellos, en el caso de que se trate de una pareja, o del *IP* cuando se trate de un individuo soltero, tengan que tener vínculo genético con el menor. Por el contrario, es posible que ninguno de los *IPs*, tanto si están casados o son pareja de hecho, como si se trata de un sujeto soltero (*IP*), tenga este tipo de relación y, sin embargo, pueda ser usuario de la GS. En contra de esta postura se ha manifestado la SEF²⁰.

Las cuestiones anteriormente expuestas se basan esencialmente en los Derechos nacionales “de referencia”. En este sentido, conforme al *Surrogacy Law* previsto en Washington, California, Nevada, Maine, Vermont, New Hampshire, Connecticut, New Jersey, Delaware y el Distrito de Columbia, los padres de intención, a diferencia de otros Estados de los EE.UU. pueden serlo cualquier individuo que quiera formar una familia heteroparental, homoparental o monoparental y, por ello, con independencia de su estado civil, orientación sexual y de si tienen vínculo genético con el menor. A modo de ejemplo, en el Estado de Nevada, en el NRS 126.590²¹, se definen a los *IPs* como aquellas personas, casada o no casadas, que manifiestan la intención de estar legalmente obligadas como padre de un niño nacido como resultado de la reproducción asistida. En el Estado de California, la expresión *IPs* se define en la sección 7960 (c) *CFC*²² como el individuo, casado o no,

Embryology Act 2008 era incompatible con del *Human Rights Act* 1998, ya que discriminaba a las personas solteras que querían ser padres. Esta información está disponible en: <https://www.bindmans.com/insight/blog/uk-surrogacy-law-embraces-single-parents>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

²⁰ La SEF defiende que al menos uno de los *IPs* esté vinculado genéticamente con el niño resultante de la aplicación de esta TRHA. Ello se contiene en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

²¹ Así se establece en el NRS 126.500 a 126.810, ambos inclusive. Disponible en: <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-126.html>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

²² La sección 7960(c) del *CFC* establece que “*Intended parent*” means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction”. Disponible en: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=-. Fecha de consulta: 05/03/2023.

que manifiesta la intención de estar legalmente vinculado como el padre de un menor nacido conforme a técnicas de reproducción asistida, lo que implica que puede serlo al margen de su estado civil, orientación sexual²³ y el vínculo genético con el menor²⁴. En el Estado de Washington, el RCW 26.26A. ha añadido²⁵ que los *IPs* han de tener 21 años, haber superado una evaluación médica y psicológica y ser asesorado sobre los términos del contrato y el alcance del mismo por un representante legal independiente.

Conforme a lo anteriormente manifestado, defendemos un concepto amplio de padres de intención en el triple sentido indicado. El resto de las cuestiones que afectan a los *Intended Parents*, tales como su edad, entendemos que no inciden en la seguridad jurídica del modelo y, por ello, no consideramos que forme parte de ningún elemento esencial del mismo.

Eso sí, lo anteriormente expuesto se ha de entender sobre la base de que el *IP* o los *IPs* cumplen con las recomendaciones efectuadas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*²⁶, relativas esencialmente a necesidad de que sean objeto de una evaluación psicosocial así como de que se sometan a las correspondientes pruebas médicas. Ello

²³ En 2005, el Tribunal Supremo de California decidió tres *companion cases*, esto es, tres asuntos que se resuelven conjuntamente porque se aplica en cada uno de ellos la misma norma, referidos a parejas de lesbianas quienes se habían reproducido a través de la subrogación. Fueron los casos, *Elisa B. v Superior Court*, *Kristine H. v. Lisa R.* y *K.M. v. E. G.* El tribunal sostuvo que, bajo la *UPA*, dos mujeres pueden ser los padres legales de un menor nacido a través de la subrogación. Esta regla se aplica presumiblemente a todos los miembros de la comunidad LGTB. Puede leerse en: <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2005/s126945.html>, fecha de consulta: 05/03/2023.

²⁴ En el asunto *In re Marriage of Buzzanca* (1998), el Tribunal de Apelación de California decidió que los padres de intención, aun no siendo ninguno de ellos los titulares de los gametos (se utilizaron gametos donados anónimos), eran los padres legales y naturales. Los argumentos esgrimidos para justificar que la madre de intención era la madre legal y natural fueron los dados en el caso *Johnson v. Calvert* (1993), que extiende y aplica a este caso. Respecto al padre de intención, el argumento que asumió para justificar que era el padre legal y natural, aun no siendo el titular del gameto, fue lo dispuesto en la sección 7613 *CFC*, según la cual el padre que consiente la inseminación a su mujer con esperma donado es padre legal y natural. Para ello, el Tribunal hizo una interpretación extensiva de dicho precepto al caso actual, lo que le permitió concluir que el padre de intención era el padre legal y natural porque tuvo la intención de serlo. Conforme a la intencionalidad determinada en el asunto *Johnson v. Calvert* (1993) para reconocer la filiación, el Tribunal igualmente la concretó, de forma semejante al caso de la madre de intención resuelto en dicho asunto, en el consentimiento dado en el contrato firmado entre los padres de intención y la mujer gestante, así como en el consentimiento prestado por ambos a todo proceso medico incluyendo la donación de gametos. Puede consultarse en: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

²⁵ Ello se contempla en la sección en la sección 26.26A.705. Disponible en: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

²⁶ Hemos tomado en cuenta esencialmente en este trabajo, en relación a las directrices que debieran cumplir el *IP* o los *IPs*, las contenidas en la “*Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*”, que han sido elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*, vol. 107, nº 2, february 2017. Se encuentra disponible en: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/practice-guidelines/for-non-members/recs_for_practices_utilizing_gestational_carriers.pdf. Fecha de consulta: 05/03/2023.

nos conduce a plantearnos si es o no necesario que los *IPs* deban superar una evaluación psicológica previa al inicio de la GS y, en particular, a analizar tanto el objetivo de esta valoración psicológica como los efectos de tal evaluación.

En cuanto al primero, esta evaluación psicológica, que ha de ser efectuada por un psicólogo especializado en reproducción asistida, tiene como propósito que los *IPs* tengan un conocimiento pleno de la TRHA que van a iniciar y, especialmente, de su rol dentro de este proceso con el fin de que lo cumplan a lo largo de la aplicación de esta TRHA, respetando con ello el papel de la mujer gestante y su libertad. No se trata con esta valoración psicológica de establecer si reúnen o no las condiciones para ser unos padres adecuados sino si es previsible que los *IPs* asuman su rol y respeten el de la mujer gestante con la máxima consideración hacia su persona y su libertad durante el proceso de aplicación de esta TRHA.

Este requisito debiera estar regulado en la Ley de manera tal que otorgue a la mujer gestante la capacidad para decidir si los *IPs* han de superar una evaluación psicológica previa al inicio del proceso de GS, de manera que sea la mujer gestante la que pueda, si lo considera oportuno, exigir su cumplimiento a los *IPs*. Y, ello, sin perjuicio de que el modelo pueda establecer la recomendación de que los *IPs* debieran someterse a varias sesiones de asesoramiento psicológico durante el proceso de GS.

Ciertamente, los *IPs* serán los padres legales del menor desde el momento en el que firmen el contrato con la gestante (que será antes de la transferencia del embrión y cuya piedra angular es la renuncia de la filiación de la mujer gestante en favor de los *IPs* y la asunción de éstos de la filiación del menor), lo cual, en su caso, se confirmará judicialmente en el marco de un proceso civil y mediante sentencia dictada previsiblemente antes del nacimiento del menor. Sin embargo, ello no debe impedir que, durante la aplicación de esta TRHA, los *IPs* tengan que asumir y respeten que la mujer que está gestando a su hijo (nos referimos al hijo de los *IPs*) es libre de tomar sus decisiones en el marco del contrato de GS firmado con los ellos. De hecho, para contribuir a hacer efectiva esta circunstancia, consideramos que debe incluirse en el modelo teórico que estamos desarrollando un aspecto esencial. Dicha cuestión se refiere al hecho de que, aun cuando la sentencia, previa al nacimiento del menor, establece jurisdiccionalmente la filiación en favor de los *IPs*, no debe desplegar su eficacia hasta el nacimiento del menor, lo que redundaría en la postura que hemos expuesto. De hecho, algunos ordenamientos jurídicos de referencia²⁷ lo establecen y en ellos nos hemos inspirado.

En relación a los efectos de esta valoración psicológica previa, que ha de efectuar un psicólogo independiente y, a ser posible, propuesto por la mujer gestante, cabe insistir previamente en que con dicho examen se pretende, con carácter general, tener una información previa muy relevante acerca de la forma pacífica o no con que se desarrollará previsiblemente la aplicación de esta TRHA que, como ya sabemos, tiene lugar a lo largo

²⁷ Es el caso de la sección 7633 del CFC que establece: “An action under this chapter may be brought, an order or judgment may be entered before the birth of the child, and enforcement of that order or judgment shall be stayed until the birth of the child.”

de un amplio período de tiempo, a diferencia de otras TRHA. De esta forma, se tendrá, datos acerca de si probablemente la aplicación de la TRHA será exitosa o no desde el punto de vista, no tanto médico, sino legal. Conforme a esta evaluación, es posible que se puedan identificar circunstancias extremas *ex ante*, esto es, antes del inicio del proceso de GS sobre aspectos personales de los *IPs* que hagan desaconsejable que puedan ser usuarios de esta TRHA. En concreto, nos referimos a condiciones excesivas que hagan suponer, porque existen datos o indicios sobre ello, que los *IPs* no respetarán la libertad de la mujer gestante en el marco del acuerdo de GS que firmarán y que ello pueda provocar conflictos que puedan llegar incluso a la Jurisdicción.

En tales casos, el informe psicológico, que debiera tener un carácter vinculante, puede implicar un impedimento para que los *IPs* puedan llevar a cabo un proceso de GS, en la línea del *New Jersey Surrogacy Law*²⁸. Este hecho pone de relieve la necesidad de identificar estas condiciones excesivas y, conforme a ellas, elaborar formularios o modelos normalizados que sirvan de base a esta evaluación psicológica a la que deben someterse, en su caso, los *IPs*. Con este requisito se pretende únicamente garantizar que se respeta el rol de la mujer gestante y, en última instancia, y en la mayor medida posible el éxito de la GS y la seguridad jurídica del modelo.

3. Idoneidad de la mujer gestante y probabilidad de éxito de la TRHA

Para contribuir a un modelo teórico de GS jurídicamente seguro o lo más seguro jurídicamente posible, la mujer gestante ha de cumplir unas condiciones que permitan afirmar su idoneidad para llevar a cabo esta TRHA teniendo en cuenta las singularidades que rodean a la GS. El establecimiento de esta exigencia relativa a la idoneidad de la mujer gestante obedece a que consideramos que ayudará en gran medida al aumento de la probabilidad de éxito de esta TRHA. Con ello, no estamos exigiendo algo distinto a esta TRHA de lo que se reclama a otras, como al donante de semen u óvulos. Por ello, tras exponer la noción de la mujer gestante que defendemos, expondremos los requisitos que pueden contribuir a definir dicha idoneidad.

Tomando en cuenta el Derecho comparado “de referencia”²⁹ podría considerarse la mujer gestante como aquella que porta y da a luz a un menor para otros, con el que no tiene vínculo genético alguno, a través de una técnica o técnicas de reproducción humana

²⁸ En este sentido se regula la sección 5. b. (1) cuando dispone que “*The intended parent shall be deemed to (...) (1) Has completed a psychological evaluation approving the intended parent’s suitability to participate in a gestational carrier agreement*”. Regulado en *The New Jersey Gestational Carrier Agreement Act*. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2018/Bills/A2000/1704_I1.HTM. Fecha de consulta: 05/03/2023.

²⁹ Hemos indicado que la *surrogacy* (término equivalente a gestación por sustitución) puede ser de dos tipos: la *tradicional surrogacy* (en la que la mujer gestante aporta su gameto) y la *gestational carrier* (en cuyo caso la mujer gestante no aporta su gameto para llevar a cabo la FIV). Dado que en el modelo teórico que estamos elaborando defendemos una *gestational carrier*, queremos aclarar el hecho de que en este modelo de *surrogate* a la mujer gestante (cuyo término equivalente es *surrogate*) se le denomina igualmente *gestational carrier*.

asistida y de conformidad con el contrato celebrado entre ella y, en su caso, su pareja y el padre o los padres de intención.

Con esta noción de mujer gestante o *surrogate* nos estamos refiriendo, siguiendo la distinción que a nivel legislativo viene establecida en diversos Derechos nacionales “de referencia”, a un tipo de GS en el que la mujer gestante no aporta su gameto, en cuyo caso estaríamos ante una subrogación tradicional, sino que, por el contrario, el gameto femenino procede o de su madre legal o de una donante, o bien se trata de un embrión donado. En estos casos, estaríamos ante lo que se denomina la *gestational carrier*. Con la elección de este tipo de *surrogacy*, la *gestational carrier*, se están evitando eventuales conflictos entre la mujer gestante y los padres intencionales ya que la *surrogate* no tendrá un doble vínculo, genético y biológico, con el menor.

Con el fin de contextualizar los requisitos que, consideramos, deben ser tomados en cuenta a la hora de referirnos a una mujer gestante idónea, es preciso previamente exponer un dato, evidente, pero que es necesario destacar para llamar la atención sobre las peculiaridades que rodean a la GS. Esta TRHA conlleva que la mujer gestante tendrá que llevar a término un embarazo, lo que implica que se desarrolla durante un tiempo mínimo aproximado de 14 meses, el embarazo tiene como fin dar a luz a un niño para otros sujetos (los *IPs*) y no aportará material genético.

Como en cualquier otra TRHA pero especialmente en ésta por las circunstancias descritas en el párrafo anterior, la idoneidad de la gestante tiene que conllevar, a nuestro juicio, de una serie de requisitos médicos, psicológicos y socioeconómicos. Tales condiciones se exigen únicamente con el fin de contribuir al aumento de la probabilidad de éxito de esta TRHA, sin perjuicio de que, asimismo, ayuden a hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos, especialmente al requerir la observancia de determinadas circunstancias socioeconómicas en la *gestational carrier*. Por ello, es irrelevante la orientación sexual de la mujer gestante así como su estado civil. Así pues, para conseguir dicha idoneidad, y junto con unas condiciones comunes al conjunto de las TRHA, como su mayoría de edad y capacidad de obrar, la mujer gestante habrá de superar un examen médico, psicológico, de sus circunstancias socioeconómicas y recibir asesoramiento legal.

En este sentido, consideramos que, desde un punto de vista médico, la *gestational carrier* debe gozar de buena salud física, la cual ha de acreditar antes del inicio del proceso de GS. De hecho se habrá de someter a un doble reconocimiento. El primero tiene como objetivo poder convertirse en candidata a mujer gestante, lo que le posibilitará poder gestar para unos determinados *IPs*, si es que previamente han logrado un *match* entre los *IPs* y ella. El segundo examen tendrá lugar tras la firma del contrato de GS con los *IPs* y antes de iniciarse el tratamiento médico necesario para llevar a cabo un proceso de GS. Esta revisión tendrá como fin comprobar que se dan las condiciones idóneas para iniciar el proceso médico, esto es, para llevar a cabo la transferencia del embrión. La superación de este examen se denomina *medical clearance* y ello le permitirá pasar a la siguiente fase que es la firma del contrato de subrogación con los *IPs*, lo que supondrá que se habrá superado la *legal clearance* y será solo entonces cuando se pueda producir la transferencia del embrión.

En relación con los requisitos relativos a su salud física, hemos tomado en cuenta las Recomendaciones para llevar a cabo una *gestational carrier*, que han sido establecidas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*³⁰, según las cuales, entre otras cuestiones, señala en relación con la *surrogate* o mujer gestante que, su edad debiera estar comprendida entre los 21 a 45 años; tendría que haber llevado a término al menos un embarazo sin complicaciones antes de pretender ser *surrogate*; idealmente no debiera haber tenido más de 5 partos o 3 por cesárea; ha de someterse a pruebas médicas sobre posibles enfermedades y también su cónyuge o pareja de hecho, si la tuviere, al menos 30 días antes de la transferencia del embrión; finalmente, se recomienda la transferencia de un único embrión, para disminuir los potenciales riesgos de un embarazo múltiple. En esta línea se sitúa el New Jersey Surrogacy Law³¹. Asimismo, en favor de que la mujer gestante goce de buena salud física se ha manifestado la SEF³².

No sólo ha de gozar de buena salud física, sino que también ha de disfrutar de una adecuada salud mental que tendrá que acreditar mediante un informe emitido por un psicólogo experto en reproducción asistida. Entendemos que es esencial acreditar este extremo porque la mujer gestante ha de ser consciente del proceso que va a llevar a cabo, de los riesgos para su salud, así como de las consecuencias legales que lleva aparejadas, como es la renuncia a la filiación del menor que nazca. Además, la exigencia de esta acreditación referida al disfrute de una adecuada salud mental es esencial como paso previo a la prestación de un consentimiento libre con la firma del contrato de subrogación entre ella y, en su caso, su pareja y los padres de intención. En este punto, también nos hemos inspirado en las citadas Recomendaciones para llevar a cabo una *gestational carrier* elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*³³, pues, entre ellas, se incluye que, para llevar a cabo la evaluación y selección de la *surrogate*, tendrá que ser objeto de una evaluación psicosocial gracias a la que, por ejemplo, pueda revisarse el impacto que el embarazo tendrá en su familia y en su comunidad así como la estabilidad de su ambiente familiar

³⁰ Se encuentran disponibles en: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/practice-guidelines/for-non-members/recs_for_practices_utilizing_gestational_carriers.pdf. Fecha de consulta: 05/03/2023.

³¹ La sección 5. a. *The New Jersey Gestational Carrier Agreement Act* exige que la *gestational carrier* (1) Is at least 21 years of age; (2) Has given birth to at least one child; (3) Has completed a medical evaluation approving her suitability to serve as a gestational carrier. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2018/Bills/A2000/1704_I1.HTM. Fecha de consulta: 05/03/2023.

³² Ello se contiene en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

³³ Son las citadas, anteriormente, “*Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*”, elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*, vol. 107, nº 2, february 2017. Se encuentra disponible en: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/practice-guidelines/for-non-members/recs_for_practices_utilizing_gestational_carriers.pdf. Fecha de consulta: 05/03/2023.

porque ello supondrá un apoyo que le ayude a afrontar el estrés derivado del embarazo. En esta línea se sitúa el *New Jersey Surrogacy Law*³⁴. La SEF se ha mostrado favorable asimismo a exigir que la mujer gestante tenga una buena salud mental³⁵.

Finalmente, y aun cuando al resto de los sujetos que intervienen en las actuales TRHA autorizadas y reguladas, específicamente nos estamos refiriendo a los eventuales donantes, no se les exigen un nivel socioeconómico adecuado, consideramos que sí debe reclamarse legalmente en el caso de la GS y, en concreto, en relación con la mujer gestante. La razón de tal diferencia la justificamos al entender que la GS es una TRHA prolongada en el tiempo y que, en consecuencia, ha de llevar aparejada una mayor compensación habida cuenta que serán mayores las molestias ocasionadas que en una donación de gametos. En este sentido, consideramos que la cuestión clave no es si la cuantía de la compensación que la mujer gestante recibe tiene que ser más o menos elevada porque cuanto más elevada sea hubiera que entender erróneamente que menos altruista será su actuación. Por el contrario, defendemos en nuestro modelo³⁶ que su motivación para ser mujer gestante no puede ser económica. La razón por la que una mujer quiere gestar para otros no puede ser económica. Por ello, la *surrogacy* ha de ser siempre altruista, desde el punto de vista de la mujer gestante. Pero eso sí, ello no obsta para que, desde la perspectiva del *IP* o los *IPs* tenga que estar compensada económicamente, como suele ocurrir con el resto de las TRHA, en España, por ejemplo. En favor de que la mujer gestante reciba una compensación se ha manifestado asimismo la SEF³⁷. Esta es la razón por la que en el modelo que proponemos la mujer gestante ha de acreditar que tiene un adecuado nivel socioeconómico, lo que igualmente ha sido propuesto por la SEF³⁸.

En concreto, nos estamos refiriendo a que la mujer gestante no solo tenga un entorno personal y familiar favorable que apoye su decisión, sino esencialmente que cuente con un medio de vida, esto es, un trabajo que le permita vivir adecuadamente. De esta forma, estaremos salvaguardando el carácter altruista de esta TRHA, aun cuando esté oportunamente compensada económicamente. La mujer gestante ha de llevar a cabo esta TRHA con el convencimiento de que no habría cuantía económica, por muy elevada que fuera,

³⁴ La sección 5. a. *The New Jersey Gestational Carrier Agreement Act* exige a la gestational carrier que: (4) Has completed a psychological evaluation approving her suitability to serve as a gestational carrier. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2018/Bills/A2000/1704_11.HTM. Fecha de consulta: 05/03/2023.

³⁵ Ello se contiene en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 19/07/2021.

³⁶ Esta cuestión será analizada con mayor detalle mas adelante, en el apartado II. 8.

³⁷ Ello se establece en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 19/07/2021.

³⁸ Así se dispone en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 19/07/2021.

que le llevara a su ejecución. Su motivación para ser gestante no ha de ser económica. Dicho esto, las molestias ocasionadas deben ser tan generosamente compensadas como su esfuerzo. Y, como veremos más adelante, las partes han de tener un margen para acordar la cuantía final, en la línea manifestada por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*³⁹.

Finalmente, en cuanto a los requisitos legales, defendemos en nuestro modelo teórico que la *gestational carrier* y, en su caso, su pareja, ha de recibir información de los riesgos derivados de los procedimientos médicos y de los medicamentos, así como de las complicaciones que pueden surgir durante el embarazo y de las posibilidades de tener que guardar reposo e, incluso, de ser hospitalizada⁴⁰. Por este motivo y otros, resulta esencial que ella y, en su caso, su pareja cuenten con un representante legal independiente con experiencia en el campo de los contratos sobre *gestational carrier*, en sintonía con las reiteradas Recomendaciones elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*⁴¹.

Las propuestas realizadas han sido elaboradas, no solo conforme a las citada Recomendaciones, sino esencialmente tomando en consideración nuestro Derecho nacional “de referencia”. En este sentido, en el Estado de California, su CFC, la figura de la mujer gestante se regula en la Sección 7960 (f)⁴² que la define como la mujer que porta un menor para otros gracias a una técnica de reproducción asistida y de acuerdo con un contrato escrito, según lo establecido en las Secciones 7606 y 7962. En concreto, la Sección 7960 (f) distingue dos tipos, como son la “gestante tradicional” (*traditional surrogate*) y la “portadora gestacional” (*gestational carrier*). En el número (1) de la Sección 7960 (f) se define a una “gestante tradicional” como a una mujer que acepta gestar un embrión, en la que ella misma es la donante del gameto y, en cuyo caso, el embrión fue creado con el esperma del padre de intención o un donante acordado por el padre o padres

³⁹ Ello se establece en las “*Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*”, elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*, vol. 107, nº 2, February 2017. Se encuentran disponibles en: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/practice-guidelines/for-non-members/recs_for_practices_utilizing_gestational_carriers.pdf. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁴⁰ Sobre esta cuestión ha incidido Gonzalez Gerpe, D., “Gestación subrogada: aspectos psico-sociales”, en Triviño Caballero, R., *Cuestiones abiertas sobre gestación subrogada*, Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28, 2018, pp. 21-40. Disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000245>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁴¹ Son las “*Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*”, elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*, vol. 107, nº 2, february 2017. Se encuentran disponibles en: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/practice-guidelines/for-non-members/recs_for_practices_utilizing_gestational_carriers.pdf. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁴² La sección 7960 (f) del CFC señala: “*Surrogate* means a woman who bears and carries a child for another through medically assisted reproduction and pursuant to a written agreement, as set forth in Sections 7606 and 7962.”. Disponible en: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=. Fecha de consulta: 05/03/2023.

de intención. En el número (2) de la Sección 7960 (f) se indica, como segundo tipo de gestante, a la “portadora gestacional”, que significa una mujer que no es una madre de intención y que acuerda la gestación de un embrión que no está vinculado genéticamente con ella, de acuerdo a un contrato de reproducción asistida. A pesar del tenor literal de la mencionada Sección, lo cierto es que, en la práctica, se utiliza exclusivamente la segunda opción⁴³. Ello se sitúa en la línea de lo dispuesto en el Estado de Nevada, donde la sección NRS 126.580⁴⁴ define a la portadora gestacional como aquella mujer adulta que no es madre intencional y que firma un contrato de *surrogacy* con la intención de tener un hijo concebido utilizando los gametos de otras personas y no los suyos. Asimismo, el NRS 126.740 ha regulado los requisitos que han de cumplir las mujeres que pretendan ser gestantes. En este sentido, se les exige que completen una evaluación médica, consulte con un asesor legal independiente sobre los términos del contrato y sus consecuencias legales y que no contribuya con su gameto. En el Estado de Washington, el RCW 26.26A ha añadido⁴⁵ que la mujer gestante ha de tener 21 años, haber dado a luz al menos a un niño, haber superado una evaluación médica y psicológica y ser asesorado sobre los términos del contrato y el alcance del mismo por un representante legal independiente.

4. Consentimiento informado de la mujer gestante

Cumplidos los requisitos de idoneidad de la mujer gestante, un modelo teórico de *surrogacy* seguro desde un punto de vista jurídico exige que la mujer gestante preste un consentimiento informado sobre la TRHA en la que va a participar.

Sobre esta cuestión cabe incidir en la información que ha de dársele. En este sentido, para que la aceptación sea libre e informada es preciso comunicarle antes del inicio de esta TRHA cuáles son los riesgos para su salud física y psicológica, la finalidad de esta TRHA, las condiciones en que ha de desarrollarse esta TRHA así como de las consecuencias de su aceptación. Es preciso que el personal sanitario que lleve a cabo esta función esté seguro de que la información suministrada haya sido plenamente comprendida y se haya solventado cualquier duda al respecto.

Asimismo, es preciso identificar con detalle el contenido del documento. Este trabajo debiera ser llevado a cabo por los correspondientes especialistas que tendrían, a nuestro

⁴³ Ello está motivado fundamentalmente por cómo se resolvió el caso *In re Marriage of Moschetta* (1994), en el que el Tribunal de Apelación de California trató la cuestión relativa a cómo determinar la filiación cuando un menor es concebido vía subrogación tradicional (en la que la gestante es la titular de los óvulos) y nace después de que los *IPs* se hubiesen separado. El Tribunal entendió que el padre de intención y la mujer gestante debían ser los padres legales del menor, perdiendo la madre de intención sus derechos de filiación. Puede leerse en: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/25/1218.html>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁴⁴ Dispone: “*Gestational carrier means an adult woman who is not an intended parent and who enters into a gestational agreement to bear a child conceived using the gametes of other persons and not her own.*” Disponible en: <https://www.leg.state.nv.us/nrs/nrs-126.html#NRS126Sec580>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁴⁵ Ello se incluye en la sección 26.26A. 705. Disponible en: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.705>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

juicio, que elaborar un modelo normalizado. Resulta imprescindible la firma de dicho documento para acreditar que su consentimiento fue expreso. Este formulario firmado habrá de ser presentado, junto con el resto de la documentación, ante el órgano jurisdiccional competente ante el que las partes tendrán que solicitar la filiación del menor conforme a la intención manifestada en el contrato de *surrogacy*⁴⁶.

Finalmente, cabe destacar el hecho de que si la mujer gestante estuviera casada o tuviera una pareja de hecho, precisará el consentimiento libre, informado y expreso de su pareja, tanto si es hombre como mujer.

5. Distinción entre entidades realizadoras y entidades facilitadoras de la *surrogacy* y, en su caso, de la donación

El modelo de *surrogacy* jurídicamente seguro que defendemos requiere que se distinga entre las entidades realizadoras y las facilitadoras de la GS y, en caso de que fuera necesaria la contribución de donante, entre las entidades realizadoras y facilitadoras de la donación de gametos y embriones. Esta diferenciación se establece en nuestro Derecho comparado “de referencia”.

Ciertamente la legislación de algunos Estados⁴⁷ establece que la práctica o realización de las TRHA o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y embriones han de llevarse a cabo en centros y servicios sanitarios. De esta manera, el conjunto de las actuaciones necesarias para aplicar con éxito las TRHA han de desarrollarse, sin excepción alguna, en centros y servicios sanitarios autorizados como tales. Sin embargo, nosotros entendemos que habría de efectuarse una distinción entre las actividades que implican “realizar” y las que conllevan “facilitar” la TRHA y, como consecuencia de ello, asignar tales actuaciones de forma consecuente, a distintas entidades para que puedan llevarlas a cabo con mayor eficacia y eficiencia. Expuesta nuestra postura, a continuación, justificaremos esta distinción que proponemos y, seguidamente, asignaremos cada uno de estos bloques de funciones, las relativas a la realización de la TRHA y las referidas a la facilitación de la TRHA, a la Sanidad, de un lado, y a empresas privadas o agencias, de otro, respectivamente.

A) Justificación

Con carácter previo a la distribución de las funciones comprendidas en la “realización” y en la “facilitación” de la *surrogacy* y, en su caso, de la donación entre la Sanidad y las empresas privadas o agencias, explicaremos por qué defendemos esta distinción.

Para comenzar, no todas las actuaciones que, con carácter general, es preciso llevar a cabo en un proceso de GS, con o sin donante, disfrutan de la misma naturaleza. Antes de distinguir unas de otras, es preciso enumerar todas ellas. Tales actos, siete, serían los

⁴⁶ Esta cuestión será abordada más adelante, en concreto, en el apartado II. 11.

⁴⁷ Así lo establece, por ejemplo, el art. 4 y el capítulo V de la LTRHA española.

siguientes. En primer término, la evaluación médica y psicológica de aquellos sujetos que quieren ser candidatos a mujeres gestante y donantes. Asimismo, la solicitud y aceptación de candidatos a donantes y a mujer gestante. En tercer lugar, la donación de gametos y embriones por parte del donante o donantes, que englobaría la donación misma hasta la criopreservación. Por otro lado, el tratamiento de los gametos y embriones en bancos de gametos y embriones y, en su caso, de los datos de los donantes, junto con el tratamiento de los datos de la mujer gestante en bancos de mujeres gestantes para favorecer el *matching* o asignación de donante y mujer gestante con los padres de intención de forma personal y recíproca. En quinto lugar, la FIV y la transferencia del embrión en el útero de la mujer gestante. La sexta actividad es el control durante el primer trimestre del embarazo, sin perjuicio de que a partir de ese momento fuera controlado por un ginecólogo como cualquier otro tipo de embarazo alcanzado por medios naturales o por otra TRHA. Finalmente, la gestión de la relación entre, de un lado, los padres de intención y, de otro, la mujer gestante y, en su caso, los donantes con el fin de contribuir al éxito de la técnica reproductiva. Como se puede apreciar, algunas de tales actividades tienen naturaleza médica y otras no.

De la relación de funciones expuesta, a nuestro juicio, son cuatro de tales actuaciones las que tienen naturaleza médica. La primera sería la evaluación médica y psicológica de aquellos sujetos que quieren ser candidatos a mujeres gestante y donantes. La segunda estaría comprendida por la donación de gametos y embriones por parte del donante o donantes, que englobaría la donación misma hasta, en su caso, la criopreservación de gametos y embriones. La tercera, la FIV y la transferencia del embrión o embriones en el útero de la usuaria de la mujer gestante. Finalmente, el control durante el primer trimestre del embarazo, sin perjuicio de que a partir de ese momento fuera controlado por un ginecólogo como cualquier otro tipo de embarazo alcanzado por medios naturales o por otra TRHA.

Por el contrario, consideramos que no revisten este carácter médico las siguientes tres actuaciones. En primer lugar, la solicitud y aceptación de candidatos a donantes y a mujer gestante. Por otro lado, el tratamiento de los gametos y embriones en bancos de gametos y embriones y, en su caso, de los datos de los donantes, junto con el tratamiento de los datos de la mujer gestante en bancos de mujeres gestantes para favorecer el *matching* o asignación de donante y mujer gestante con los padres de intención de forma personal y recíproca. En tercer lugar, la gestión de la relación entre, de un lado, los padres de intención y, de otro, la mujer gestante con el fin de contribuir al éxito de la técnica reproductiva.

Conforme a lo expuesto, consideramos que, en un primer nivel, habríamos de situar el conjunto de actuaciones de naturaleza estrictamente médica que son necesarias para llevar a cabo la “aplicación” de la GS con o sin donante. Tales actos se realizan por las que hemos denominado “entidades realizadoras o aplicadoras” de la GS, con o sin donante, tal y como detallaremos en el punto B). Dado el carácter médico que revisten tales funciones asociadas a la “realización” de esta TRHA, habrán de llevarse a cabo necesariamente en centros y servicios sanitarios, que son esas entidades realizadoras o aplicadoras de la GS

y, en su caso, de la donación, que englobarían tanto la sanidad pública como privada, y por personal sanitario.

En un segundo nivel, tendríamos que tomar en consideración el conjunto de tareas que facilitan que los receptores o usuarios de esta TRHA puedan llevar a cabo la GS y, si es precisa, la donación, que no son en sentido estricto actuaciones de carácter médico. Dado que no tienen dicho carácter sanitario, tales actos se pueden llevar a cabo fuera de los centros o servicios sanitarios y por personal no sanitario en el marco de “entidades facilitadoras” de la GS y, en su caso, de la donación.

Para finalizar, queremos destacar el hecho de que esta diferenciación es fundamental de cara al logro de la mayor eficacia y eficiencia posible en el uso de estas TRHA en la medida en que el personal sanitario se puede centrar exclusivamente en las actuaciones médicas. Pero también, y ello no es menos importante, cabe señalar que con la adopción de esta distinción asumimos una postura coherente con la distinta naturaleza, médica o no, de las diversas funciones que han de llevarse a cabo para que se desarrolle esta TRHA y, finalmente, contribuimos a hacer efectivo el derecho del menor a conocer sus orígenes, como iremos explicando en los siguientes apartados.

B) La “realización” de la surrogacy y, en su caso, de la donación de gametos o embriones en centros y servicios sanitarios y por personal sanitario

El conjunto de actuaciones comprensivas en la expresión “realización” de la GS y, en su caso, de la donación de gametos o embriones, son actuaciones de naturaleza médica, lo que conlleva una doble consecuencia, como es que han de realizarse exclusivamente en centros y servicios sanitarios, públicos o privados y por personal sanitario. No pretendemos destacar de forma pormenorizada todas los actos médicos que debieran llevarse a cabo porque no es el objeto de nuestro trabajo, sino que tan solo perseguimos singularizar aquellas actuaciones más relevantes que son propias de la GS y, en su caso, de la donación llevada a cabo en el marco de la *surrogacy*. En concreto, resaltaremos tres grupos de actuaciones que se sucederán cronológicamente.

En primer lugar, son actuaciones médicas aquellas dirigidas a la acreditación de la capacidad de la mujer gestante para llevar a cabo este proceso de *surrogacy*, esto es, será necesaria una revisión médica y psicológica para justificar que una mujer que pretende ser gestante pueda convertirse efectivamente en una candidata a *surrogate*. En este sentido, y conforme a los requisitos establecidos anteriormente acerca del perfil de la mujer gestante⁴⁸, el personal sanitario tendrá que verificar que, en general, es apta física y psicológicamente para llevar a cabo un embarazo para otros, los *IPs* y acreditarlo documentalmente.

Junto con ello, y si fuera preciso acudir a donante/donantes de gametos o de embriones, serán actuaciones médicas las destinadas a acreditar la capacidad de los solicitantes

⁴⁸ Vide supra el apartado II. 3.

a donantes de gametos de poder efectivamente serlo porque han superado una revisión médica y psicológica.

En segundo término, en el caso de que los usuarios de la GS como TRHA precisaran de la donación de gametos o, en su caso, embriones por parte del donante o donantes, serían actos médicos los actos necesarios para lograr la donación misma hasta, en su caso, la criopreservación de gametos y embriones no transferidos.

La tercera actividad médica es la FIV y la transferencia del embrión o embriones en el útero de la usuaria de la mujer gestante. En relación con estas actuaciones cabría entender aquí incluida lo que se denomina la *medical clearance*. Con dicha expresión se alude en el Derecho comparado “de referencia” a la autorización médica, tras la correspondiente revisión ginecológica, para que pueda llevarse a cabo la transferencia del embrión en el útero de la *surrogate*.

Finalmente, son actuaciones médicas el control del embarazo, específicamente durante los tres primeros meses de gestación, y del parto, así como los posteriores cuidados tanto para la mujer gestante como para el menor o menores nacidos.

Cabe destacar, respecto de este tercer conjunto de actos, algunas cuestiones médico-sanitarias propias de la GS sobre las que, por ello, conviene llamar la atención. Es el caso de que durante los meses de gestación sea adecuada la evaluación psicológica periódica de la mujer gestante para asegurar que sigue siendo consciente de los fines de esta TRHA o simplemente para contribuir a continuar teniendo una relación satisfactoria con los IPS (quienes pudieran tener que acudir igualmente a evaluaciones psicológicas periódicas si así lo exige la mujer gestante). Tales actividades serían asimismo de naturaleza sanitaria. Otra situación que puede darse es que sea preciso que la mujer gestante tenga que acudir regularmente al endocrino o nutricionista para que le aconseje una alimentación saludable y, con ello, impedir posibles enfermedades durante el embarazo que está llevando a cabo para los *IPs*, lo que se enmarcaría igualmente y como no puede ser de otro modo dentro de las actividades médico-sanitarias.

C) *La “facilitación” de la surrogacy y, en su caso, de la donación de gametos y embriones en empresas privadas o agencias y por personal no sanitario*

Los actos que incluiremos como asociados a la “facilitación” de la GS y, en caso de que sea precisa, de la donación, no revisten naturaleza médica por lo que pueden ser llevados a cabo fuera de la sanidad pública y privada, en concreto, por empresas privadas o agencias y por personal no sanitario. En particular, ya hemos establecido que pueden incluirse los tres grupos de actuaciones siguientes.

En primer lugar, la recepción de las solicitudes a mujer gestante y donantes de gametos y la revisión sobre el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos para ser gestante y donante y, en su caso, su aceptación como candidata a mujer gestante y donante. En segundo término, la incorporación de las potenciales mujeres gestantes y donantes en sus

respectivas bases de datos y el favorecimiento de la puesta en contacto o *matching* entre, de un lado, los padres de intención y, de otro, la mujer gestante y, si se precisan, con los donantes. Finalmente, la gestión de la relación entre, de un lado, los padres de intención y, de otro, la mujer gestante con el fin de contribuir al éxito de la técnica reproductiva. Estas tres funciones serán analizadas a lo largo de este punto porque resultan más novedosas que las relativas a la realización de la GS como TRHA con o sin contribución de donante.

Además queremos destacar el hecho de que como cualquier otro servicio que pueda prestarse por parte de una empresa será a cambio de un precio, al igual que acontece con el servicio médico que se presta en el ámbito de la sanidad pública o privada o si estas actividades “facilitadoras” de la subrogación o donación se llevaran a cabo en el marco de la citada sanidad pública o privada. Con la atribución de las funciones que les encomendamos a estas agencias facilitadoras, especialmente en relación con la segunda, la relativa al *matching* libre y recíproco entre la mujer gestante y el *IP* o los *IPs*, estamos contribuyendo a dotar al modelo de *surrogacy* que defendemos de una mayor seguridad jurídica.

- a) Recepción y aceptación de las solicitudes de los candidatos a mujer gestante y donante

Una vez que la mujer gestante y los donantes han logrado superar la evaluación médica y psicológica realizada en centros sanitarios y por personal de la misma naturaleza, tales individuos pueden solicitar ser candidatos a mujer gestante y donante. Esta solicitud podrá ser presentada en empresas privadas o agencias facilitadoras de la subrogación y donación, junto con los documentos que lo acrediten y que habrán sido expedidos por el personal sanitario que trabaja en dicho ámbito. Por ello, una primera tarea que tendrán que realizar estas agencias consistirá en la recepción y, en su caso, la aceptación de las solicitudes presentadas por las mujeres que quieren ser gestantes y por todos los individuos que aspiran a ser donantes.

De lo expuesto anteriormente se deriva que no cualquier individuo que así lo pretenda puede ser una mujer gestante o donante de gametos. Con la recepción y, en su caso, aceptación de tales solicitudes, sería posible identificar quiénes de los potenciales solicitantes pueden convertirse en candidatos a mujeres gestante y a donantes y, con ello, ser tomados en cuenta para un concreto caso de GS y para donar efectivamente, porque cumplen con los requisitos legales para ello.

Ciertamente, el caso de la mujer gestante y el de los donantes es diferente porque una vez que, en ambos casos, se superan los requisitos que han de cumplir en cada supuesto y los solicitantes se convierten en candidatos a mujer gestante y donante el procedimiento discurre de forma distinta. Por un lado, la mujer gestante tendrá que alcanzar un *match* con unos concretos *IPs* como usuarios de esta TRHA y no se convertirá en una efectiva mujer gestante hasta que ello ocurra. Por el contrario, los donantes, una vez han logrado convertirse en candidatos a donante, o bien pueden donar en ese momento, en cuyo caso

se criopreservará lo donado, o bien pueden donar a instancia de unos usuarios de la GS⁴⁹, en cuyo caso o bien se criopreservará lo donado o bien se podrá efectuar la FIV. Y, ello, sin perjuicio de que los *IPs* decidan hacer uso de un embrión donado criopreservado.

En este sentido, las agencias facilitadoras de la subrogación y de la donación tendrán que comprobar que los solicitantes, tanto las mujeres gestantes como los donantes, cumplen con los requisitos que le son exigibles. Se trata de una revisión automática de la observancia del conjunto de tales condiciones legalmente previstas, que tendrán que realizar para comprobar que esas potenciales mujeres gestantes y donantes pueden convertirse efectivamente en candidatas a mujeres gestantes y donantes. Junto con esta labor burocrática consistente en constatar el cumplimiento de tales requisitos, las agencias facilitadoras de la subrogación tendrán que encargarse de recoger la necesaria información sobre el entorno familiar y nivel socioeconómico de los aspirantes para comprobar que cumplen con las condiciones exigibles.

Así pues, tales agencias tendrán que recibir las solicitudes junto con la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos exigibles y controlar que observan tales condiciones y, si es así, emitir una evaluación positiva que convierta a tales aspirantes a mujer gestante y donante en candidatos a mujer gestante y donante, susceptibles, por ello, de llevar a cabo su propósito. Como se puede comprobar, estas dos funciones específicas no implican realización de técnica de reproducción asistida alguna o, lo que es lo mismo, no tienen ninguna implicación médica, sino que son actuaciones dirigidas a facilitar o gestionar tales técnicas. Y, como consecuencia de ello, su realización no conlleva conocimiento médico alguno ni debiera llevarse a cabo en un centro y servicio sanitario ni por personal de esta naturaleza.

Ahora bien, y como hemos señalado, queremos reiterar el hecho de que cuestión distinta es que, para alcanzar el cumplimiento de algunos de tales requisitos, tales como el de demostrar que el candidato o candidata goza de buena salud física y mental o ha tenido embarazos exitosos previamente, entre otros, los candidatos a mujer gestante y donante, tengan que acudir a un profesional sanitario, médico o psicólogo o ginecólogo o cualquier otro especialista de la Sanidad, para que le expida el correspondiente certificado que acredite el cumplimiento de la condición legal exigible para ser mujer gestante o donante. Y, ello, teniendo en cuenta que dicho profesional sanitario, como es, por ejemplo, el caso de los psicólogos expertos en reproducción asistida, puede desempeñar su cometido dentro de un centro o servicio sanitario o, vía contractual, fuera de un centro o servicio sanitario, como ocurre, en general, con los médicos de empresa o psicólogos de centros de Educación infantil o Secundaria o Bachillerato, que desempeñan sus funciones fuera de un centro o servicio sanitario.

⁴⁹ Hacemos esta afirmación porque defendemos un modelo donde los donantes pueden ser anónimos, abiertos, conocidos y semi-abiertos y, en todo caso, sin que tenga que asignarse lo donado a unos concretos *IPS* o usuarios de TRHA bajo criterios médicos. Vide infra el apartado II. 9.

- b) Tratamiento del perfil de la mujer gestante y de los donantes en sus bases de datos y el *matching* libre, personal y recíproco

Habiendo superado la primera fase, esto es, una vez que se comprueba que la mujer gestante o donante cumple con los requisitos legalmente establecidos para serlo y se han convertido en candidatos a mujer gestante o donante, el siguiente paso será que dichos individuos desarrollen su respectiva función en un proceso concreto de GS. Por ello, la siguiente tarea consistirá en determinar qué concreta mujer gestante y, en su caso, donantes serán los que contribuyan a la realización de una concreta GS en relación con unos específicos usuarios de la TRHA o padres de intención. En definitiva, esta segunda tarea consiste en la realización del *matching* entre los padres de intención o usuarios de esta TRHA con, de un lado, la mujer gestante, y, de otro, si es preciso, con el donante o donantes, si bien, previamente, será preciso tratar el perfil de cada uno de ellos en la correspondiente base de datos.

Por ello, dentro de esta segunda función, que podrá llevarse a cabo en una agencia o entidad facilitadora de la subrogación y de la donación, distinguiremos, a su vez, dos tareas específicas, como son, el tratamiento del perfil de los padres de intención, mujer gestante y donantes en su correspondiente base de datos y, junto con ello, el *matching* personal libre, personal y recíproco entre ellos. Como se puede comprobar asimismo respecto de estas dos funciones concretas, ellas no implican realización de técnica de reproducción asistida alguna, sino de facilitación de tales técnicas. Y, como consecuencia de ello, su realización no conlleva conocimiento médico alguno ni debiera llevarse a cabo en un centro y servicio sanitario ni por personal sanitario.

Respecto de la primera, relativa al tratamiento del perfil de cada uno de los sujetos intervinientes en este proceso de GS, supone que ha de incluirse el procedente del *IP* o los *IPs*, de las candidatas a mujer gestante y de los donantes en sus correspondientes base de datos. Dicho perfil incluirá las características o circunstancias personales de cada uno de ellos así como los rasgos fenotípicos, en el caso de los donantes. Y, ello, porque como veremos en su correspondiente apartado, en nuestro modelo defendemos la libertad en el anonimato de los donantes (a nuestro juicio, pueden ser anónimos abiertos, conocidos o semi-abiertos), así como su elección personal por parte de los *IPs*. Con la inclusión del perfil de cada uno, será posible hacer el *matching*. En concreto, el *matching* se puede lograr entre el *IP* o los *IPs* y la mujer gestante, de un lado, y, si es preciso, entre el *IP* o los *IPs* y el donante o los donantes, de otro.

Así pues, este tipo de compatibilidad personal podrá llevarse a cabo gracias a la tecnología facilitada por las bases de datos, donde cada parte podrá consultar el perfil del sujeto con el que cree que puede lograr la compatibilidad necesaria para que la realización de la GS, como TRHA. Y, ello, sin perjuicio de que pudieran existir entidades facilitadoras de la subrogación o donación que, por sus peculiaridades, pudieran promover un *matching* de forma más personalizada al margen de las búsquedas de los perfiles de las bases de datos, mediante, por ejemplo, test o relación de preguntas que habrían de contestar cada una

de las tres partes y que podría remitirse a la otra parte, sobre la base del conocimiento personal y la ayuda personalizada ofrecida por las entidades facilitadoras de la subrogación y donación.

En cuanto a la realización de dicha compatibilidad personal o *matching*, que es la segunda tarea que las agencias pueden realizar, hemos establecido que ha de ser personal, libre y recíproca. Esta postura es posible porque hemos considerado que no hay conocimiento o criterio médico afectado a la hora de encontrar la compatibilidad entre los padres de intención y la mujer gestante, de un lado, y de los padres de intención y los donantes, de otro⁵⁰.

En el caso del match entre los *IPs* y la mujer gestante lo que se ha de buscar entre ambos, que está fuera de la medicina, es la necesaria afinidad personal y empatía que debe rodear su relación a lo largo de la aplicación de la GS⁵¹, que será de varios meses, incluso años, con el fin de contribuir al éxito de esta TRHA y, con ello, evitar eventuales conflictos entre ambos que, incluso, puedan terminar en los tribunales de justicia.

Así, basta utilizar el sentido común para situarnos y centrarnos en saber qué realmente puede ocurrir durante, al menos, los meses de gestación en un proceso de GS. Recordemos que se trata de una TRHA prolongada en el tiempo. Por poner algunos ejemplos, es posible que se descubra que el feto tiene malformaciones o un síndrome de down. En tales casos, puede ser que los padres intencionales quieran optar por el aborto dentro del marco legal establecido en el Código Penal vigente en el correspondiente Estado. Pero es posible, también, que, la mujer gestante, conforme a sus creencias, no contemple esta posibilidad. Si no existe sintonía entre ambas partes en relación con esta trascendental cuestión, el conflicto surgirá. Esta y otras muchas disputas pueden darse a lo largo de la gestación. Para tales casos, y con el propósito de lograr el éxito de esta técnica reproductiva, la mejor solución es su prevención. Ello se consigue mediante el *matching*. De esta forma, si la mujer gestante y los padres de intención tienen la misma posición sobre temas controvertidos, como el anteriormente indicado, esto es, si son compatibles en tal cuestión, tanto si es a favor o en contra del aborto, dentro del marco legal permitido, el conflicto no surgirá.

Pero es que, además, puede ser que la mujer gestante no quiera gestar para determinados tipos de padres de intención. Es posible que no quiera hacerlo para familias monoparentales o religiosas o ateas o que les rodee cualquier otra circunstancia. Para garantizar que su consentimiento a la hora de firmar el contrato de gestación por sustitución con los padres de intención sea realmente libre, uno de los factores que han de tomarse en cuenta

⁵⁰ En contra de nuestra postura está, por ejemplo, la mantenida por SEF. Ello se contiene en “La propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, de 2016, que ha sido elaborada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF. Se encuentra disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 19/07/2021. Dicha Sociedad española defiende que la elección de la mujer gestante por parte de los *IPs* ha de hacerse bajo criterio médico.

⁵¹ Esta posición ha sido asimismo defendida por Gonzalez Gerpe, D., “Gestación subrogada: aspectos psico-sociales”, en Triviño Caballero, R., *Cuestiones abiertas sobre gestación subrogada*, Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, n° 28, 2018, pp. 21-40. Disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000245>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

es éste: ha de ser lo más conocedora posible del tipo de familia para la que gestará su hijo. Y, de alguna manera, lo mismo acontece en relación con los padres de intención. Si son una pareja homoparental y la mujer gestante, según sus creencias, está en contra de este tipo de familia, muy probablemente no tenga sentido que los padres de intención firmen un contrato con una mujer gestante que piense de este modo. Los padres de intención han de ser sabedores de la forma de pensar de la mujer gestante.

Por tanto, y en virtud de todo lo anteriormente expuesto, defendemos el criterio mutuo de elección personal y libre entre ambas partes, no solo porque no existe factor médico alguno que haya de tomarse en cuenta a la hora de conectar a la mujer gestante con los padres de intención, sino también porque, con el *matching* tal y como lo hemos expuesto, es posible evitar posibles conflictos que pongan en riesgo el bienestar del menor que va a nacer e, incluso, su nacimiento mismo. En definitiva, con esta postura favorable al *matching* personal, libre y recíproco se contribuye al éxito de esta TRHA.

Respecto al *match* entre los *IPs* y los donantes, defendemos un modelo en el que la elección del donante sea libre sobre la base de la libertad en el anonimato por parte del donante. Y, ello, porque el que tenga unos rasgos fenotípicos u otros no influye en el éxito de esta TRHA, no es una cuestión, por ello, que haya de ser realizada por personal sanitario. Y, desde luego, lo que está en juego en la vinculación entre los *IPs* y los eventuales donantes es fundamentalmente la elección de los rasgos fenotípicos del donante⁵². Al igual que elegimos los rasgos de nuestras parejas también debemos tener libertad para designar el de nuestros hijos. Si se regula adecuadamente la libertad en el anonimato, el donante no tendrá miedo de hacer donaciones y, en consecuencia, seguirá aplicándose esta TRHA en la sanidad pública y privada. Además el hecho de que el donante pueda elegir si desea ser anónimo o no redundará en beneficio del derecho del menor a conocer sus orígenes, lo que resulta imposible si el donante tiene que ser anónimo porque la Ley así lo exige. En definitiva, esta actividad debe estar fuera del ámbito sanitario porque realmente la elección de los rasgos fenotípicos no redundan en el éxito de la donación y, por ello, no es necesaria la intervención de personal sanitario alguno en dicha actividad. Así pues, abogamos por un *matching* personal, libre y recíproco en la donación sin que exista imposición alguna de un tercero. Se trata de una cuestión, la libertad para formar una familia, en la que el Estado debiera quedar al margen.

Como se puede constatar, estas dos funciones específicas no implican realización de técnica de reproducción asistida alguna, sino de facilitación de tales técnicas. Y, como consecuencia de ello, su realización no conlleva conocimiento médico alguno ni debiera llevarse a cabo en un centro y servicio sanitario ni por personal sanitario.

c) Gestión de la posterior relación entre los *IPs* y la mujer gestante

Una tercera función esencial que pueden desempeñar especialmente las entidades realizadoras de la subrogación es que gestionen la relación entre los padres de intención y la

⁵² En este sentido nos preguntamos: ¿Por qué los padres no pueden libremente elegir los rasgos fenotípicos de su hijo? Porque tiene que parecerse a ellos?

mujer gestante una vez se ha iniciado la aplicación de esta TRHA y a lo largo de los meses durante los que transcurre la aplicación de esta TRHA e, incluso, después del nacimiento del menor. Cuando nos referimos a la gestión de su relación estamos incluyendo multitud de aspectos que podrían organizarse en varios grupos, tales como los asuntos económicos, médicos, legales y, fundamentalmente personales.

Entre los económicos se encuentra esencialmente el hecho de que los *IPs* tendrán que abrir una cuenta bancaria en virtud de la cual se sufraguen los gastos derivados del proceso de GS. Dicha cuenta habrá de ser supervisada por el personal de la agencia con el fin de asegurar que tales pagos se están efectuando.

Respecto de las cuestiones médicas, el personal de la agencia se encargará de que la mujer gestante acuda a las citas médicas, con el ginecólogo, endocrino, nutricionista, psicólogo o cualquier otro especialista de la salud. Lo mismo procurara respecto de los *IPs* en el sentido de asegurar que acuden a la cita con el psicólogo, si es que así lo ha solicitado la mujer gestante.

Respecto de los temas legales, el personal de la agencia supervisará que las partes están predispuestas al cumplimiento de los aspectos legales exigidos a ellas. Por ello, fundamentalmente, procurarán que los *IPs* y la *surrogate* tengan buena disposición y actitud para la firma del contrato de subrogación entre ambos, así como para el cumplimiento del conjunto de las estipulaciones que en dicho contrato se incluyen que habrá de elaborarse conforme al *Surrogacy Law* del Estado que se trate.

Y, en última instancia, el personal de las agencias facilitadoras de la subrogación velará porque la relación personal entre ambas partes sea positiva y tratarán de eliminar cualquier circunstancia que pueda provocar un conflicto entre la mujer gestante y los *IPs*. En este marco, asumirán la función de acompañamiento y apoyo fundamentalmente a la mujer gestante a lo largo de los meses que dure la GS (o pueden ser años, si el primer intento en la aplicación de esta TRHA no resulta exitosa). Se trataría de asignar a cada una de las mujeres gestantes una miembro del personal de la agencia facilitadora de la subrogación (lo que en el Estado de California se denomina el *case manager*) que pueda ayudar a la mujer gestante a solucionar los problemas que puedan irle surgiendo. De esta forma y, a modo de ejemplo, si esta persona de apoyo advierte algún problema psicológico que la propia mujer gestante no percibe, puede sugerir a la mujer gestante que acuda a un psicólogo.

6. **Carácter contractual de la *surrogacy***

Otro elemento esencial que contribuye a la configuración de un modelo de *surrogacy* jurídicamente seguro es que las partes han de firmar un contrato de gestación por sustitución que es vinculante para las partes, exigible y ejecutable o, lo que es lo mismo, es *enforceable*. En efecto, con carácter previo a la realización de la transferencia del embrión en el útero de la mujer gestante, ella y su pareja, si la tuviera, junto con los *IPs*, han de firmar el contrato de gestación por sustitución. En relación con este contrato, es preciso

destacar dos cuestiones que están en la línea de aproximarnos a un modelo de GS lo más seguro posible desde un punto de vista jurídico. La primera es el carácter de contrato y no de mero acuerdo del documento que las partes han de firmar, donde el tema nuclear es la atribución de la filiación a los *IPs* y la renuncia de la filiación por la mujer gestante y su pareja, si la tuviere, sin perjuicio de que se tengan que incluir otros derechos y obligaciones que igualmente han de respetarse y cumplirse por ambas partes. La segunda cuestión es la extraordinaria relevancia que presenta la fecha o el momento, dentro del proceso de GS, en que se firma este contrato.

En relación con el primer tema planteado, cuando defendemos el carácter contractual del documento que han de firmar ambas partes lo que queremos destacar⁵³ es que dicho acto es válido y eficaz y, por ello, ejecutable entre las partes, esto es, de él surgen derechos y obligaciones que han de cumplirse por ambas porque es *enforceable*. No se trata de un mero acuerdo cuyo incumplimiento no lleve aparejada ninguna acción dirigida a hacerlo vinculante, exigible y ejecutable. En este sentido, consideramos que la finalidad esencial de este contrato es el establecimiento de los derechos y obligaciones que ambas partes firmantes han de respetar y cumplir desde la transferencia del embrión hasta el nacimiento del menor e, incluso, durante algún tiempo después⁵⁴. Por ello, en el caso de que sea incumplido por alguna de las partes, la otra podrá acudir a la Jurisdicción para solicitar su cumplimiento o, en su caso, una indemnización e, incluso, su nulidad.

En particular, existen una serie de derechos y obligaciones que han de contenerse en el contrato de *surrogacy* como veremos más adelante. De todos ellos, y con carácter previo, queremos destacar los esenciales, como son, de un lado, la obligación de la mujer gestante y de su pareja, si la tuviere, de renunciar expresamente a la filiación del niño resultante de esta TRHA y, de otro, el correspondiente derecho de los *IPs* a asumir dicha filiación. Esta es, sin duda, la piedra angular del contrato, sin la cual, este acuerdo entre ambas partes carecería de sentido.

Expuesto el elemento nuclear el contrato relativo a la filiación, cabe insistir en el hecho de que, asimismo, han de incluirse en dicho contrato otros relevantes derechos y obligaciones, que podemos organizar en tres grupos diferentes, habida cuenta que engloban esencialmente cuestiones médico-psicológicas, económicas, legales y contractuales. Serían los siguientes.

En relación con las cuestiones médicas, en las que consideramos incluidos los aspectos psicológicos, el contrato debe incorporar distintos aspectos de los cuales resultan esenciales, junto con la identidad de los *IPs* y de la *surrogate*, la de los donantes, si los hubiere, salvo

⁵³ Nuestra posición es defendida en Mazer, D. S., "Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts", Yale Journal of Law and Feminism, 2016. Esta disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1367&context=yjlf>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁵⁴ Así, por ejemplo, algunos derechos y obligaciones resultan exigibles tras el nacimiento del menor, como en el caso de que las partes hayan acordado una determinada relación entre ellos tras el nacimiento del niño. Asimismo, algunos pagos se producirán después del nacimiento, como el de la compensación que los *IPs* han de realizar a la mujer gestante u otros que puedan surgir, como los derivados del hecho que la mujer gestante tenga que guardar reposo tras el parto.

que sean anónimos. Este hecho es relevante para salvaguardar el derecho del menor a conocer sus orígenes.

Asimismo, y entre otros aspectos fundamentales, el contrato tendrá que establecer que la mujer gestante se someterá a la transferencia de embriones, detallar el número de embriones que serán transferidos, la clínica en la que se llevará a cabo y los centros médicos en los que se controlará posteriormente el embarazo. En relación con ello, tendrá que contenerse la obligación de la *surrogate* de someterse a todo tipo de exámenes o procedimientos recomendados por el médico que le atiende para lograr un embarazo exitoso y, en general, de hacer todo lo necesario para dar a luz al niño resultante lo que implica el que tenga que abstenerse de cualquier actividad que, a juicio del médico que le atiende o de los *IPs*, pueda ser razonablemente perjudicial para el embarazo y la futura salud del niño resultante. Asimismo, tendrá que reflejar cómo proceder en caso de riesgo para la salud de la mujer gestante o de los fetos y si, dentro del marco legal establecido, procederán al aborto. Junto con ello, habrá de incluir si la mujer gestante tendrá que realizarse una amniocentesis u otra prueba como el *harmony test*, así como si el parto será natural o por cesárea. El contrato deberá fijar si ambas partes se someterán a evaluaciones psicológicas, junto con el compromiso de la mujer gestante de llevar una vida saludable como si se tratara de un embarazo de su propio hijo.

Sobre los temas económicos y seguros, el contrato debe indicar cómo se sufragarán los gastos derivados de esta TRHA, los cuales han de correr a cargo de los *IPs*. Cabe destacar el hecho de que el contrato debe incluir la cuantía que los *IPs* pagarán a la *surrogate* en concepto de compensación por las molestias, daños e inconvenientes derivados de la aplicación de esta TRHA, sin perjuicio de que hayan de sufragar asimismo los gastos directamente derivados de la aplicación de esta TRHA. Asimismo, el contrato debe contener que los *IPs* habrán de pagar un seguro de vida a la gestante.

El contrato debe comprender el acuerdo de las partes de que la cantidad de dinero suficiente para pagar todos los gastos estimados que se deriven de la aplicación de la GS tendrá que estar en una cuenta bancaria antes del inicio de la aplicación de esta TRHA. Gracias a ella, los *IPs* sufragarán todos los costes mencionados, si bien será su abogado quien tendrá que gestionar tales pagos.

En cuanto a los aspectos legales más relevantes, resulta esencial que el contrato indique que cuando la mujer gestante renuncia a la filiación en favor de los padres intencionales lo hace de forma libre y voluntaria y en ausencia de cualquier tipo coacción económica o emocional y, en todo caso, con la asistencia de su abogado de confianza. Asimismo, tiene que incluir que la mujer gestante se ha comprometido a entregar la custodia legal y física del niño resultante. Por otro lado, el contrato tendrá que fijar el lugar de nacimiento que convenga para la determinación de la filiación establecida en el contrato. Junto con ello, el contrato debe incluir qué ocurrirá en caso de divorcio o muerte de los *IPs* en relación con el establecimiento de los derechos paternos en favor de ellos. Y, especialmente, en el contrato se debe contener que las partes han recibido información y asesoramiento de

sus respectivos abogados en relación a los derechos y obligaciones de naturaleza médica, económica, legal y contractual que asumen con la firma del contrato de GS.

Finalmente, sobre las obligaciones contractuales, el contrato debe establecer que las partes han sido informadas por sus respectivos abogados de que el contrato de GS es válido y eficaz y que, por lo tanto, las imposiciones establecidas en él han de cumplidas por cada parte, esto es, que el contrato es *enforceable*. En relación con ello, el contrato debe establecer las acciones que podrá llevar a cabo cada parte ante los tribunales en caso de incumplimiento.

Expuestos el conjunto de derechos y obligaciones que esencialmente debieran incluirse en el contrato de GS, caben destacar tres cuestiones relevantes que contribuyen a hacer efectivos o a que cobren más sentido tales derechos y obligaciones. La primera es que ambas partes firmantes, los *IPs* y la mujer gestante, han de estar asistidos, con carácter preceptivo, de abogado. El segundo aspecto es que dicho contrato ha de ser firmado ante notario por los efectos que ello produce. La tercera cuestión, sobre la que ha hemos reiteradamente incidido, es que el contrato es *enforceable*, lo que implica que, en caso de incumplimiento, las partes podrán acudir ante los tribunales competentes para hacerlo cumplir, conforme a los mecanismos legales establecidos en caso de incumplimiento contractual. Conforme a ello, las partes podrían solicitar su efectivo cumplimiento, una indemnización por los daños y perjuicios que su inobservancia pudiera acarrear o, incluso, la nulidad del contrato.

Una vez hemos expuesta la primera cuestión relativa al carácter contractual del documento que las partes han de firmar, denominado contrato de *surrogacy* o de gestación por sustitución, nos centraremos en la segunda que es la referida a la fecha en la que se firma el contrato. En este sentido, cabe destacar su carácter esencial porque determina el momento a partir del cual es posible llevar a cabo la transferencia del embrión en el útero de la mujer gestante. En este sentido, y a modo de recapitulación, la secuencia sería la siguiente.

En primer lugar, la agencia de subrogación acepta las solicitudes de las candidatas a mujer gestante y de los *IPs* y, con ello, las solicitantes a mujer gestante *IPs* se convierten en candidatas a mujer gestante y en *IPs*, como usuarios de esta TRHA que es la GS. Ello tiene lugar una vez que ambas partes tras acreditado ante las agencias facilitadoras de la subrogación que cumplen los requisitos que les son exigibles en cada caso, entre ellos, que tienen una buena salud física y psicológica evaluada por el personal sanitario, en el caso de la *surrogate* y que sufren alguna problema de infertilidad y/o esterilidad estructural y gozan de buena salud psicológica, en el supuesto de los *IPs*.

A continuación, una vez que ambas partes han incorporado su perfil en las bases de datos (que incluyen sus circunstancias personales y los rasgos fenotípicos en el caso de los donantes), el objetivo es que ambas partes alcancen un *match* o compatibilidad personal.

En tercer lugar, una vez se ha vinculado unos concretos *IPs* con una específica mujer gestante gracias al *match* es necesario llevar a cabo la *medical clearance* que es una autorización médica que acredita que la mujer gestante es idónea, en ese momento, para la transferencia del embrión.

Lograda la *medical clearance*, habría que superar la *legal clearance* con la firma del contrato de GS entre los *IPs* y la mujer gestante.

Finalmente, una vez ha tenido lugar la *legal clearance* se procederá a la transferencia del embrión/embriones. Solo a partir de este momento, tras la firma del contrato, se puede llevar a cabo la transferencia del embrión/embriones en el útero de la mujer gestante. Conforme con ello, puede entenderse por qué no es correcto, desde un punto de vista legal, referirse a esta TRHA como “maternidad” subrogada y es porque la mujer gestante nunca es su madre legal. En primer lugar, porque antes de la transferencia del embrión de los *IPs* en el útero de la mujer gestante se ha de firmar el contrato de GS en el que la mujer gestante renuncia a la filiación del menor en favor de los *IPs* que han de asumirla. En segundo lugar, habida cuenta que, antes del nacimiento del menor, el órgano jurisdiccional competente validará el citado acuerdo de GS y, particularmente, la filiación en él acordada y dictará una sentencia en la que declara la filiación del menor en favor del *IP* o los *IPs*.

Para terminar con este apartado, cabe indicar, aunque resulte obvio, que el contenido de dicho contrato ha de resultar conforme a la ley y, en general, al conjunto del ordenamiento jurídico. Lo resaltamos porque en el procedimiento judicial para establecer la filiación en favor de los *IPs* que defendemos en este modelo y que más adelante expondremos, el órgano jurisdiccional comprobará si el contenido del contrato de GS es conforme al ordenamiento jurídico o, concretamente, al *Surrogacy Law* del Estado correspondiente.

7. Imposible revocación de la filiación acordada en el contrato de *surrogacy*

Una de las consecuencias de establecer en este modelo teórico que estamos desarrollando el carácter contractual de la GS y su carácter *enforceable*, tal y como hemos expuesto en el apartado anterior, es que ninguna de las partes firmantes del contrato de GS pueda revocar el consentimiento otorgado en dicho acuerdo en lo relativo a la filiación del menor. Este nuevo elemento forma parte del modelo teórico de GS que defendemos. Pero, además, y para reforzar el carácter efectivo y vinculante para las partes del contrato de GS, consideramos necesario que el modelo no prevea un plazo dentro del cual cualquiera de las partes, esto es, los *IPs* o la mujer gestante, pudieran quedar amparadas por un cambio de voluntad⁵⁵ una vez firmado el contrato de GS. Cuestión distinta es que la mujer gestante y los *IPs* puedan cambiar de parecer y no estar dispuestos a la aplicación de esta TRHA antes de la transferencia del embrión, lo será posible sin perjuicio de que las partes, especialmente la mujer gestante, puedan reclamar ante los tribunales la correspondiente indemnización por incumplimiento del contrato.

⁵⁵ De hecho, por ejemplo, nadie cuestiona que el consentimiento prestado para la donación de gametos o embriones firmado conforme al art. 5 de la Ley 14/2006 de TRHA antes de la utilización de la correspondiente técnica de reproducción humana asistida pueda revocarse ni antes ni tras el nacimiento del menor, salvo que “el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles”.

Para comprender mejor este elemento esencial es preciso traer de nuevo a colación la secuencia cronológica que ha de seguirse en este proceso con carácter previo a la transferencia del embrión en el útero de la mujer gestante. En concreto, señalábamos que, en primer lugar, se tiene que producir la *medical clearance* que significa que la mujer gestante ha sido médicamente revisada y se ha confirmado que cumple con las condiciones necesarias para proceder a la transferencia del embrión; y, solo a partir de este momento es cuando tiene lugar la segunda fase o *legal clearance* que implica que, para que se pueda proceder a la transferencia del embrión, es preciso que ambas partes, *IPs* y mujer gestante, firmen el contrato de GS. Así pues, tras la *medical clearance* y la *legal clearance* es cuando ha de llevarse a cabo la transferencia del embrión. En virtud de esta secuencia es posible comprender que cuando se ha transferido el embrión en el útero de la mujer gestante los padres de intención son los padres legales del menor porque así se ha establecido en el contrato de GS firmado libre y voluntariamente por ambas partes. Y, además, cuando el menor nace se habrá dictado una sentencia en la que el órgano jurisdiccional competente habrá confirmado o validado jurisdiccionalmente dicho contrato de GS.

Si este modelo estableciera lo contrario, esto es, si las partes pudieran, amparadas por la Ley, revocar caprichosamente su consentimiento inicialmente otorgado en el contrato de GS se estaría socavando la previsibilidad del contrato y poniendo fin a esta TRHA. Y, ello, porque la inseguridad jurídica que la firma del contrato de *surrogacy* generaría a ambas partes, la mujer gestante y los *IPs*, implicaría que nadie acudiría a la GS, ni como mujer gestante ni como *IPs*.

Es preciso asimismo insistir en que no se permite el cambio caprichoso de parecer ni por parte de la mujer gestante ni tampoco de los *IPs*. En el caso de la mujer gestante no es posible que durante el embarazo cambie de parecer y quiera asumir su filiación. En el caso de los *IPs*, no resultaría admisible tampoco que pretendieran renunciar a su filiación porque fuera previsible que el niño resultante de la GS pudiera padecer algún tipo de problema físico o mental o ante cualquier otra circunstancia que provocara su rechazo.

Como recapitulación, queremos insistir en la idea de que resulta esencial otorgar seguridad jurídica a la realidad resultante de la aplicación de esta TRHA y, con ello, de la filiación del menor nacido como consecuencia de la GS. Por ello, los consentimientos que se otorgan en los contratos y las obligaciones y, en su caso, los derechos que se derivan de ello, no pueden ser revocados una vez se inicie la GS, esto es, una vez tenga lugar la transferencia del embrión, tanto por parte de los *IPs* como de la mujer gestante y, en su caso, de su pareja. De lo contrario, nadie acudiría a la GS para formar su familia porque la incertidumbre en su resultado resultaría intolerable para ellos⁵⁶. Para contribuir aun más a evitar que una de las partes se arrepienta de lo inicialmente firmado en el contrato es por

⁵⁶ De hecho, ello es así en las actuales TRHA autorizadas en la Ley española 14/2006. En este sentido, del art. 3.5 LTRHA se deriva que no cabe el arrepentimiento de la usuaria de las TRHA después de realizarse la transferencia embrionaria, porque dispone que la receptora de las TRHA podrá solicitar la suspensión de su aplicación antes de dicha transferencia de embriones y añade que dicha petición deberá atenderse. En relación con los donantes, el art. 5.2 LTRHA establece que la donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que, como no puede ser de otra manera, en la fecha de la

lo que propondremos⁵⁷ que el procedimiento judicial para convalidar el contrato de GS se inicie con suficiente antelación y una vez confirmado el embarazo. Y, ello, con el propósito de que pueda dictarse una sentencia de filiación en favor de los *IPs* antes del nacimiento del menor y de conformidad con voluntad libremente expresada en el contrato de GS.

8. *Surrogacy* compensada económicamente

En este apartado, hemos de afirmar, como punto de partida, que la GS como TRHA, sea cual sea el modelo al que podamos referirnos, es, en todo caso, altruista desde la perspectiva de la mujer gestante. Y, ello, porque la motivación de las candidatas a mujer gestante ha de ser siempre altruista de manera que no han de sufrir ni sentir ningún tipo de coacción económica de cualquier clase para pretender ser una mujer gestante. Ahora bien, establecido el altruismo de la mujer gestante, el modelo puede ser altruista o con compensación, desde el punto de vista del *IP* o de los *IPs*. Si los *IPs* pagan los gastos derivados de esta TRHA estaríamos ante un modelo altruistas. Si, además de ello, los *IPs* pagan una compensación a la mujer gestante, se trataría de un modelo de GS con compensación.

Efectuada esta aclaración, un octavo elemento esencial que contribuye a un modelo teórico de GS lo más seguro posible es aquel que contempla, desde la perspectiva de los *IPs*, la concesión de una compensación a la mujer gestante por las molestias causadas durante su embarazo, pero también por las que puede padecer antes y después de la gestación y parto. Así pues, consideramos que un modelo de GS con compensación es más seguro jurídicamente para las tres principales partes implicadas que un modelo únicamente altruista. Con carácter previo a su análisis y justificación, profundizaremos en qué caracteriza un modelo estrictamente altruista de GS y que implica un tipo de GS con compensación, junto con el alcance que tienen, desde nuestro punto de vista, las expresiones relativas a un modelo altruista con compensación en relación con un modelo comercial.

Partiendo de la controversia que el tema suscita⁵⁸, consideramos que un tipo de GS estrictamente altruista sería aquel en el que los *IPs* pagan los gastos derivados directa e indirectamente de la aplicación de esta TRHA que es la GS a la mujer gestante. Estos gastos pueden ser médicos, de desplazamiento, laborales o de cualquier naturaleza, siempre que se generen como consecuencia de la realización de esta TRHA e incluirían tanto los derivados de ello como los ingresos dejados de percibir como consecuencia del uso de esta TRHA.

Cuando nos referimos a un modelo de GS con compensación queremos aludir a aquél en el que no sólo los *IPs* sufragan los gastos directamente e indirectamente derivados de esta TRHA a la mujer gestante sino que, asimismo, le pagan una compensación por los

revocación aquéllos estén disponibles. Asimismo, en tales casos, el citado precepto señala que a la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

⁵⁷ Vide infra el apartado II.10.

⁵⁸ Spar, D. L. "For love and money: the political economy of commercial surrogacy". *Review of International Political Economy*, 12:2, May 2005. Está disponible en: <https://www.jstor.org/stable/25124020>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

daños y molestias que la realización de la GS le pueda generar. En esta compensación se comprenderían, a modo de ejemplo, los inconvenientes derivados de la preparación médica para lograr un embarazo, de las molestias del embarazo, como son las derivadas de la medicación que ha de tomar, de la asistencia a citas médicas, al psicólogo o al nutricionista y del hecho de tener de dejar de trabajar o cuidar de su familia para acudir a tales citas o tener que someterse a una amniocentesis, o reducción, entre otras situaciones previstas en el contrato de GS e incluso de las incomodidades que pueden surgir tras el parto.

Pero esta compensación que se da a la mujer gestante no puede implicar una motivación lucrativa o de enriquecimiento o económica que le lleve a solicitar ser candidata a gestante. Como decíamos, sin perjuicio del tipo de modelo al que nos referimos, altruista o con compensación, la *surrogacy* ha de ser siempre y en todo caso altruista, desde el punto de vista de la mujer gestante, con el propósito de salvaguardar sus derechos y libertades.

Junto con ambos modelos, es común que se haga referencia⁵⁹ a un modelo altruista con compensación. Desde nuestra perspectiva, cuando se alude a este tipo de “modelo” de GS únicamente puede tener una interpretación y es que constituye una contradicción en sus propios términos. En efecto, asumiendo que la actitud de la mujer gestante ha de ser altruista en cualquier modelo de GS como antes indicábamos, si la *surrogacy* es altruista, desde la perspectiva de los IPs solo le pagarían a la mujer gestante los gastos directamente derivados de la aplicación de esta TRHA o lo que ha dejado directamente de recibir o ganar por efectuar la GS. Pero, si junto con ello, los *IPs* le indemnizan por las molestias físicas ocasionadas, habrán de pagarle, además de los gastos directa o indirectamente ocasionados por la GS, una compensación resarcitoria. Por tanto, y desde la perspectiva de los *IPs*, o estamos ante una GS altruista o ante una GS con compensación. Unir ambas características es imposible, además de hipócrita.

Estrechamente relacionado con el apartado anterior relativo a la GS altruista con compensación se encuentra la expresión “modelo comercial” de GS. Con él se suele referir la doctrina al modelo de GS altruista con compensación en los términos anteriormente expuestos, esto es, a aquellos casos en los que los *IPs* pagan a la *surrogate* los gastos directamente o indirectamente derivados de la aplicación de esta TRHA (modelo altruista) y además una compensación.

Efectivamente, un modelo de GS altruista con compensación ha sido denominado⁶⁰ como un modelo GS de carácter comercial. Nosotros no somos partidarios de referirnos o de utilizar la denominación de GS comercial cuando está compensada porque significa introducir elementos que, sin añadir nada nuevo al debate, lo enturbia, con el propósito de utilizarlo como un factor clave en virtud del cual criticar la gestación por sustitución, esto es, no tanto este modelo comercial, sino la GS en general. Y, ello, a pesar, de que, por

⁵⁹ Así se deriva, por ejemplo, del art. 5.3 LTRHA, relativo a la donación de gametos y preembriones.

⁶⁰ En el ámbito de la ONU se ha denominado “*commercial surrogacy*” y se ha asociado al peligro que puede entrañar en relación con la venta de niños. Por ello, la ONU ha señalado que debiera prohibirse la *surrogacy* comercial hasta que no se establezcan sistemas debidamente regulados. Esta información está disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/Surrogacy.aspx>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

ejemplo, nuestra española Ley 14/2006 de TRHA establece que la donación de gametos será altruista sin perjuicio de que los donantes percibirán una compensación económica resarcitoria, lo que significaría que, siguiendo esta terminología con la que nosotros estamos en desacuerdo, nuestra regulación española establece un modelo comercial de donación de gametos. Resultaría difícil de entender que cuando los detractores de la GS aluden a lo rechazable que es una GS comercial no caigan en la cuenta de que están criticando con la misma virulencia nuestro modelo español de donación altruista con compensación=comercial de gametos.

Cuando afirmamos que la inclusión en la discusión de la expresión “modelo comercial” de GS no añade nada nuevo a la expresión altruista con compensación, sino que más bien puede complicarlo, nos referimos además a la dificultad que entraña definir “comercial” aplicado a la GS. ¿Significa que no puede ser lucrativo? ¿Implica que se rige por las leyes del mercado? ¿Quién formularía y cuál sería “la” definición de “comercial”? Por buscar apoyo en favor de la aplicación de esta expresión a la GS, nos preguntamos, ¿por qué se compensa una donación de gametos? ¿Es lucrativa la donación de gametos para el o la donante? ¿La cuantía o precio por una donación, ¿se fija atendiendo a las leyes del mercado?

Efectuadas las preguntas anteriores, que dejamos para la reflexión, continuaremos nuestro análisis centrados en la GS. Por ello, reiteraremos seguidamente qué alcance tiene el elemento de la GS compensada que incluimos en nuestro modelo teórico. Y, a continuación, expondremos cuáles son los motivos por los que defendemos que ha de estar compensada que, en esencia, se reconducen al hecho de que ello concede mayor seguridad jurídica a partes principalmente afectadas, fundamentalmente, a la mujer gestante.

En concreto, la GS compensada que defendemos dentro de nuestro modelo teórico tiene un doble significado atendiendo a qué sujeto, si a la mujer gestante o al *IP* o los *IPs*, nos estamos refiriendo.

Desde la perspectiva de la mujer gestante, como hemos indicado anteriormente, y sin perjuicio de que los *IPs* le paguen una compensación, lo cierto es que su motivación ha de ser altruista, esto es, no ha de sufrir coacción económica alguna para ser candidata a *surrogate*. Ello, como hemos indicado, es así en cualquier tipo de modelo de GS, como TRHA y, también en el que defendemos.

Respecto de los *IPs*, supone que ellos han de pagar, no solo los gastos directa e indirectamente derivados de la aplicación de la GS como TRHA, sino además una compensación adicional. En cuanto a tales gastos directos e indirectos serían los provenientes del proceso médico, incluido el seguro médico contratado para ella, si fuese necesario, los pagos al resto de profesionales a los que acudiría la gestante, como al psicólogo o nutricionista, entre otros, el pago de su salario si es que ha sufrido durante el embarazo o tras el parto incomodidades que le han impedido trabajar y, en general, todos los derivados directa o indirectamente de la aplicación de esta TRHA. Si únicamente se hubiesen de efectuar estos pagos, estaríamos ante un modelo puramente altruista como el establecido en el Reino

Unido⁶¹ o en Canadá⁶². Junto con estos pagos que directa o indirectamente dimanen de la aplicación de esta TRHA, se ha de entregar a la mujer gestante una cantidad de dinero en concepto de compensación que los *IPs* habrán de pagarle por el conjunto de daños, molestias e inconvenientes que las obligaciones establecidas en este contrato conllevan para ella, la cual habrán de pagársela con independencia de que renuncie o no a los derechos paternales, a la entrega del menor e, incluso, a que el nacimiento del menor tenga lugar o no. Ello es así en el Derecho nacional “de referencia” que hemos asumido.

Respecto a los motivos para defender este modelo, destacaremos los dos siguientes:

En primer lugar, la GS compensada garantiza el acceso de los potenciales *IPs* a la GS como TRHA. En el caso de los donantes de gametos, a los que se les compensa por las molestias ocasionadas por el hecho mismo de la donación, si no se les resarciera con una compensación económica, es seguro que habría menos donaciones y, con ello, se reduciría considerablemente el uso de las TRHA y, en consecuencia, de los nacimientos y de las familias, diversas, nacidas mediante esta TRHA. Del mismo modo, si las mujeres gestantes no fueran compensadas económicamente, se reduciría considerablemente el número de mujeres dispuestas a gestar. Sin compensación habría menos gestantes y esta TRHA resultaría muy difícil de realizar por parte de los *IPs*. Precisamente, este es uno de los motivos por lo que, en algunos Estados⁶³, la donación de gametos se compensa y, además e incomprensiblemente, se establece obligatoriamente el carácter anónimo de los donantes. Con ello, en estos Estados donde no está autorizada la GS pero sí las donaciones de gametos, se garantiza que haya suficientes donaciones para hacer frente a la aplicación de las TRHA donde la mujer con problemas de infertilidad o esterilidad estructural es la única usuaria, lo que nos sitúa de nuevo en el contexto de discriminación al que aludíamos en el capítulo I porque solo es la mujer que puede gestar la posible usuaria de las TRHA. Y, ello, y por eso nos referiríamos a que resulta incomprensible que los donantes sean en todo caso anónimos, aun a costa de que, con el establecimiento de las donaciones anónimas, se está infringiendo el derecho del menor a conocer sus orígenes.

En segundo término, defendemos este elemento de la GS compensada porque consideramos que respeta más la dignidad de la mujer gestante y esto otorga mayor seguridad

⁶¹ Este tema ha sido tratado en el trabajo de Igeda González, N., “La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España”, *Política y Sociedad*, nº 57 (3), 2020, pp. 887-901.

⁶² Sobre esta cuestión, son recomendables los trabajos de Fantus, S., “A Report on the Supports and Barriers of Surrogacy in Canada”, *J. Obstet Gynaecol Can.* 2020 Jun; 42 (6): 803-805. Disponible en: [https://www.jogc.com/article/S1701-2163\(20\)30049-9/fulltext](https://www.jogc.com/article/S1701-2163(20)30049-9/fulltext). Fecha de consulta: 05/03/2023; White, P. M., “Commercialization, Altruism, Clinical Practice: Seeking Explanation for Similarities and Differences in Californian and Canadian Gestational Surrogacy Outcomes”, *Womens Health Issues*, 2018 May-Jun; 28 (3): 329-250. Disponible en: [https://www.whijournal.com/article/S1049-3867\(17\)30353-5/fulltext](https://www.whijournal.com/article/S1049-3867(17)30353-5/fulltext). Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁶³ Sobre este tema, resulta extraordinariamente interesante el trabajo de Rivas, A. M., Fores, F., Jociles, M. I., “El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva”, *Política y Sociedad*, nº 56, 2019, pp. 623-644. Está disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/58117/>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

jurídica al modelo. Nadie discute que la compensación en el caso de los donantes, además de los argumentos anteriormente expuestos, salvaguarda mejor la dignidad de los donantes, que si fuese solo altruista, pues, de lo contrario, no se hubiera admitido su compensación. Por otro lado, cabe preguntarse, ¿por qué ha exigírsele más o algo distinto, sin justificar dicha diferenciación, a la gestación por sustitución que a la donación? ¿Por qué no se está a favor de una compensación en el caso de la GS y sí de la donación cuando, además, las molestias e inconvenientes en el caso de la mujer gestante y de la GS son absolutamente superiores a los que sufre el/la donante?

Cuestión distinta es que, para asegurarnos que la motivación de la mujer gestante a la hora de presentarse como candidata a un caso de GS sea económica o se encuentre coaccionada económicamente, se le haya de exigir un determinado nivel socioeconómico de vida, tal y como defendimos anteriormente⁶⁴.

Ciertamente, las mujeres gestantes no han de sufrir ningún tipo de coacción o, dicho de otro modo, su motivación no ha de ser de naturaleza económica de la misma forma que tampoco debiera serlo en el caso de los donantes cuyo gameto o embrión se dirige a la realización o no de la *surrogacy*.

En este contexto, cabe recordar el injustificado argumento de que con la compensación y, en general, con la GS se mercantiliza el cuerpo de la mujer. Dado que no se trata de un argumento jurídico, porque no tiene base jurídica alguna, sino que es esencialmente una postura estratégica o política, no vamos a entrar a rebatirlo en este trabajo. Por el contrario, continuamos con nuestro hilo argumental y, por ello, nos referiremos a la relevancia de exigir un determinado nivel socioeconómico a la *surrogate*, con el fin de evitar que su motivación para ser candidata a mujer gestante sea económica o que se encuentre económicamente coaccionada para ser candidata a *surrogate*. Ello ya lo establecimos con anterioridad en el apartado 3) relativo a la mujer gestante y lo estableceremos para las donantes en el apartado 9). Consideramos que si queremos que la compensación económica no suponga un incentivo económico para la *surrogate*, le hemos de exigir un determinado perfil socioeconómico, con el propósito de garantizar que no se trata de un sujeto vulnerable. Para ello es preciso que la mujer gestante tenga unas condiciones económicas de vida suficientes y óptimas previas a su posible participación como mujer gestante o, lo que es lo mismo, un medio de vida.

En el marco de esta postura, resulta esencial además cuantificar la compensación. Nuestro modelo defiende que la cuantía de la compensación sea pública, junto con los conceptos que se utilizan para establecerla, esto es, es precisa la publicidad a la hora de concretar minuciosamente los cálculos que se han llevado a cabo para llegar a dicha cantidad y cuáles han sido los conceptos de partida. Lo importante es establecer una cuantía compensatoria proporcionada a las molestias causadas y, en todo caso, exigir un determinado perfil a la mujer gestante en el sentido de que disponga de un medio de vida que asegure que su motivación no es económica, sin perjuicio de que sea compensada. En

⁶⁴ Vide supra el apartado II. 3.

todo caso, y dentro del margen que pueda establecerse como límite mínimo y máximo, defendemos que las partes podrán acordar definitivamente la cuantía actuando de buena fe.

9. **Carácter contractual de la donación eventual de gametos: libertad en el anonimato y elección personal de los *IPs***

En un proceso de GS, es posible que el *IP* o los *IPs* requieran de un donante para llevar a cabo esta TRHA. Dado que puede estar implicado un donante en un proceso de GS es por lo que abordamos el tema en este trabajo⁶⁵. En tal eventual caso, defendemos, como un elemento esencial de nuestro modelo teórico de GS, que el donante sea libre para decidir si es anónimo o no y, conforme a ello, que los *IPs* elijan al donante personalmente, con el acuerdo del donante seleccionado. Este elemento contribuye, desde nuestra perspectiva, a un modelo jurídicamente seguro y está inspirado en nuestro Derecho comparado “de referencia”. Además, abogamos por este sistema no solo cuando la donación va dirigida a desarrollar un proceso de GS, sino respecto de la donación en general. Con carácter previo a la explicación de ambos factores, expondremos el carácter contractual de la donación que postulamos.

En cuanto a los contratos de donación queremos defender el hecho de que los *IPs* habrían de firmar dos contratos. El primero se gestionaría con la clínica de fertilidad (en el caso de que el proceso de GS se realizase en la sanidad privada) y, conforme a él, dicho centro sanitario realizará los servicios médicos a cambio de un precio. El segundo habrán de celebrarlo con el/la/los donantes y, en su virtud, el donante renunciará a la filiación del menor resultante de la aplicación de la TRHA, asumiendo esta filiación los *IPs*, a cambio de una compensación que será pagada directamente por los *IPs* al donante.

Por supuesto, desde la perspectiva del donante, se tratará de una donación altruista, esto es, sin que sea realizada bajo ninguna coacción económica, lo que implica que habrá de exigirse al donante un determinado nivel socioeconómico, al igual que se lo reclamamos a la mujer gestante. Pero, desde el punto de vista de los *IPs* como usuarios de las TRHA en general, será una donación compensada por las molestias que les haya podido causar y cuyo pago habrán de sufragar los *IPs*. Del mismo modo que defendíamos en nuestro modelo de GS en relación con la mujer gestante, la cuantía debe ser pública así como los cálculos que hayan de realizarse para alcanzarla, lo que implica asimismo la publicidad de las variables que han de tomarse en consideración para determinarla.

Conforme a lo anterior, expondremos dos notas esenciales que caracterizan este noveno elemento que configura nuestro modelo teórico de GS.

⁶⁵ Hemos asumido esencialmente en este trabajo las directrices contenidas, respecto a los donantes, en la “*Guidance regarding gamete and embryo donation*”, elaboradas por el *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*, vol. 115, nº 6, june 2021. Se encuentra disponible en: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/practice-guidelines/for-non-members/recs_for_gamete_and_embryo_donation.pdf. Fecha de consulta: 05/03/2023.

En cuanto al primero, defendemos que los donantes tengan la capacidad para elegir si desean ser anónimos o no. Ello no quiere decir que nuestro modelo abogue porque los donantes no sean anónimos en ningún caso, sino por la libertad del donante a la hora de decidir si quiere serlo o no. En concreto, podríamos distinguir fundamentalmente entre tres tipos de donantes a los que se podría añadir un cuarto supuesto.

Así, de un lado, estarían los donantes anónimos o *anonymous donors* que serían aquellos cuya identidad no es desvelada a los usuarios de las TRHA y, particularmente, a los *IPs*; asimismo, no cabe la comunicación entre ambas partes. Ello no obsta para que los *IPs* pueden conocer el perfil del donante, esencialmente, sus datos médicos a través de la base de datos en la que esté incluido.

En segundo lugar, cabe destacar a los donantes abiertos o *open donors*, los cuales se caracterizan porque tienen contacto personal con los usuarios de las TRHA y, en su caso, con los *IPs* y pueden comunicarse directamente entre si de manera que el alcance de su relación es acordado por ellos mismos.

Asimismo, un tercer supuesto sería el de los donantes conocidos o *known donors*. En este caso, el donante es un conocido, amigo o familiar de los *IPs*, de manera que no es la clínica o agencia quien le facilita el donante a los usuarios de la TRHA.

Junto con estos tres casos, podría introducirse al donante semi-abierto o *semi-open donor*, el cual no tiene contacto personal directo con los *IPs* sino a través de un tercero como una agencia. Sin embargo, si decidieran abrir un contacto entre ellos a través de un intermediario, podrían establecer una relación tan abierta como ellos quisieran fijar.

En virtud de esta distinción entre estos tipos de donantes en el marco de la libertad para que puedan decidir acerca o no de su anonimato y, en su caso, del alcance que pudiera tener, lo cierto es que, a pesar de lo que pudiera creerse, se facilitaría que siguiera habiendo donaciones. Ciertamente, ello no acontecería si se estableciera un modelo que dispusiera la obligatoriedad del donante de no ser anónimo porque, en tales casos, el número de donaciones dependería de cuántos donantes pudieran estar dispuestos a revelar su identidad y a estar expuestos a una relación abierta o semi-abierta con los *IPs* que no desean. En definitiva, con este modelo de donación seguiría funcionando las TRHA lo que beneficiaría a los usuarios de tales tecnologías reproductivas y al sector sanitario.

Asimismo, este modelo resultaría más favorable al reconocimiento del derecho del menor a conocer sus orígenes porque los *IPs*, en función de lo que quieren para su hijo y dentro del mayor respeto posible al mencionado derecho del menor, estarán en disposición de decidir si eligen un donante anónimo, semi-anónimo, abierto o conocido.

Respecto al segundo aspecto, referido al hecho de que la elección del donante sea personal por parte de los *IPs*, consideramos que, en la línea defendida respecto a la libertad del donante para decidir acerca de su anonimato, el criterio médico no debe tomarse en consideración a la hora de asignar una donación a unos usuarios de las TRHA y, en su caso, a los *IPs*. Y, ello, fundamentalmente porque en la vinculación de una donación con unos

IPs y, en general, con los usuarios de las TRHA no está en juego ningún conocimiento médico sino tan solo la elección personal de los rasgos fenotípicos que tendrá el menor nacido como consecuencia de la aplicación de las TRHA⁶⁶. Como decíamos en el apartado E), los usuarios de las TRHA y, en consecuencia, los *IPs* deben poder elegir los rasgos fenotípicos de su hijo, al igual que los padres intencionales y cualquier pareja en general se eligen entre sí para formar una familia. Forma parte de la libertad del individuo y el Estado no debe entrar en este ámbito personal. Junto con este argumento, defendemos esta designación personal del donante, por parte de los *IPs* y de los usuarios en general de las TRHA, porque de esta forma, junto con la elección de tales rasgos físicos, podrán seleccionar un donante anónimo, semi-abierto, abierto o conocido de acuerdo a la relación que esperan de él y en el marco del derecho del menor a conocer sus orígenes.

10. Filiación mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor

Para reforzar la idea de que desde que se firma el contrato de GS no cabe revocar el consentimiento prestado en él por ninguna de las partes firmantes porque el cambio de parecer de cualquiera de ellas socavaría la previsibilidad del contrato y terminaría por eliminar el uso de esta TRHA ante la inseguridad jurídica que provocaría, nuestro modelo contempla que la sentencia de filiación ha de dictarse antes del nacimiento del menor. Este sería el décimo elemento esencial del sistema teórico que proponemos, tal y como desarrollaremos a continuación.

En efecto, un facto clave que determina que un modelo teórico de GS sea lo más seguro posible desde una perspectiva jurídica es que la sentencia de filiación en favor de los padres de intención sea previa al nacimiento del menor, al menos en principio, como luego expondremos. Con la defensa de este elemento, estamos excluyendo, por ello, de nuestro modelo teórico, el hecho de que la sentencia de filiación tenga que dictarse tras del nacimiento del menor.

Un ejemplo cercano a nuestro entorno en el que la sentencia de filiación se dicta tras el nacimiento del menor es el previsto en el *UK Surrogacy Law*, establecido esencialmente en la *Surrogacy arrangements Act* 1985 y en determinadas secciones de la *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008. Este factor, junto con otros como el tema de la compensación o el que individuos solteros no pudieran ser *IPs*, aspecto éste último resuelto en 2019, ha motivado que el *Surrogacy Law* del Reino Unido haya sufrido algunas modificaciones, como veremos más adelante, debido a casos conflictivos que han ido provocando fuertes

⁶⁶ En contra de nuestra postura está el art. 6.5 LTRHA que establece que “*En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.*”

debates entre los expertos⁶⁷ que consideran que el modelo no funciona y debe, por ello, reformarse.

Como decíamos, uno de los puntos conflictivos ha sido el relativo a que la sentencia de filiación no debiera dictarse con posterioridad al nacimiento del menor, porque ello facilita que la mujer gestante no preste su consentimiento a la transmisión de los derechos y obligaciones derivados de la filiación. En efecto, conforme al *UK Surrogacy Law*⁶⁸, cuando el menor nace, los padres legales son la madre gestante y su marido, si lo tiene, con independencia de que esté o no vinculada genéticamente con el menor. Si al menos uno de los padres está genéticamente vinculado con el menor podrán, sus padres, solicitar una *Parental Order*. Si ninguno de ellos está genéticamente relacionado con el menor, tendrán que solicitar la adopción del menor. En el primer caso, los padres de intención, que tendrán que estar casados o ser pareja de hecho o individuos solteros, podrán solicitar la mencionada *Parental Order* dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del menor. Sin embargo, no podrán presentar su demanda en las seis semanas posteriores al nacimiento del niño, ya que el consentimiento de la “madre” gestante o legal se considera ineficaz a lo largo de esas seis primeras semanas posteriores al nacimiento del niño. Cuando los padres de intención presenten la solicitud de la *Parental Order*, el niño debe vivir con ellos y uno o ambos padres deben estar domiciliados en el Reino Unido. Al conceder una solicitud para una *Parental Order*, en la medida en que se cumplan los requisitos legalmente previstos, incluido el consentimiento de la madre gestante, el tribunal debe estar convencido de que no se intercambiaron dinero o beneficios entre ninguna de las partes, es decir, que el acuerdo de *surrogacy* no debe ser un acuerdo comercial. Sin embargo, y aunque resulte paradójico, el tribunal tiene la discreción para autorizar pagos y beneficios entre las partes.

Expuesto someramente el modelo inglés, hay que señalar que esta regulación ha sido puesta en entredicho, debido fundamentalmente a que permite que la “madre” gestante disponga de un plazo de tiempo, posterior al nacimiento del menor, para revocar el consentimiento inicialmente prestado en el acuerdo firmado con los padres de intención. En concreto, una enmienda realizada en la sección 36 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990 estableció que el contrato de GS no es eficaz en el sentido de que, desde un punto de vista legal, no se puede hacer cumplir lo dispuesto en él, esto es, es *unenforceable*. Ello, junto con el establecimiento de plazos legales para que los *IPs* puedan presentar su solicitud de filiación ante los tribunales, otorga a la mujer gestante el derecho

⁶⁷ Un caso controvertido tuvo lugar con el Asunto “Re AB”, al que nos referiremos en el texto más adelante, dictado en 2016 por el Tribunal de Familia de Canterbury y cuyo “*neutral citation number*” es [2016] EWHC 2643 (Fam), en el que una mujer gestante y su marido no prestaron dicho consentimiento para renunciar a la filiación en favor de los padres intencionales en el plazo legal de seis semanas previsto en la Ley y esto generó un conflicto grave. Esta circunstancia fue una de las que motivó el debate de expertos sobre la modificación de la actual ley de *surrogacy* en la Cámara de los Lores el 14 de diciembre de 2016 como puede leerse en: <https://hansard.parliament.uk/Lords/2016-12-14/debates/391AB95D-1999-4D52-A5D0-C9EF6CF44407/Surrogacy>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁶⁸ Así lo dispone la sección 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008 (*HFEA*) que ha sufrido modificaciones en 2010, 2018 y 2019. Dicha norma está disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

a cambiar su consentimiento otorgado en el contrato en favor de la filiación de los *IPs* y, en consecuencia, a no renunciar a la filiación del menor.

Este modelo fue cuestionado fundamentalmente a partir del asunto, que se dictó por el Tribunal de Familia de Canterbury en 2106, denominado “Re AB”. En este caso, debido a una desavenencia entre los padres de intención y la madre gestante y su marido durante el embarazo, el Tribunal competente no pudo dictar una *Parental Order* porque, a pesar de cumplirse los requisitos previstos en la norma, finalmente, la madre gestante y su marido no prestaron el consentimiento necesario para transmitir la filiación a los padres de intención. La consecuencia es que la gestante y su marido son y seguirán siendo sus padres legales mientras no presten dicho consentimiento, a pesar de que los menores son hijos genéticos de los padres de intención y viven con ellos desde su nacimiento porque la madre gestante y su marido no quisieron formar parte de sus vidas. Ante esta situación, afortunadamente, el Tribunal inglés otorgó a los padres de intención la responsabilidad parental hasta que los niños cumplieran 18 años, con el fin de que pudieran tomar decisiones sobre la asistencia sanitaria y sobre su educación.

En 2019, la Comisión Jurídica⁶⁹ publicó su documento de consulta sobre la subrogación, en el que planteó diversos temas conflictivos, uno de los cuales fue la regulación sobre la *parental order* que han de solicitar los *IPs*. Se cuestionaba hasta qué punto la actual regulación inglesa es respetuosa con los derechos de las tres partes, *surrogate*, *IPs* y el menor porque conforme a la regulación actual es posible que los *IPs* no se lleguen a ser los padres legales del menor o que la *surrogate* tenga que asumir una filiación que no pretendió en ningún momento ejercer y, todo ello, con las graves consecuencias que ambas situaciones pueden provocar en el menor en cuanto a la inseguridad en la que puede discurrir su nacimiento y primeros meses o años de vida en la que su filiación constituya una cuestión no resulta. En definitiva, este tema, junto con el hecho de que se trate de un modelo altruista en el que no obstante cabe el pago de los “gastos razonables” a la *surrogate*, tal y como prevé la *UK Surrogacy Law*, constituyen dos temas muy controvertidos que siguen siendo objeto de discusión.

Hemos expuesto un ejemplo de los efectos que puede llevar consigo, junto con el establecimiento de un plazo legal para que la mujer gestante renuncie o no a la filiación tras el nacimiento del menor, el hecho de que la filiación no se determine antes del nacimiento del menor. Ello ocurre igualmente dentro de Los EE.UU.⁷⁰, donde si bien existe un conjunto de Estados en los que la *surrogacy* está permitida, la *Pre-Birth Order*

⁶⁹ Dicho documento está disponible en: <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁷⁰ Como ya indicamos anteriormente, la *surrogacy* no está igualmente autorizada en Los EE. UU. Por el contrario, cabe indicar que, de los 50 que conforman Los EE.UU., en unos la *surrogacy* está prohibida como en Michigan; en otros, el contrato entre los *IPs* y la *surrogate* es nulo por lo que no se puede ejecutar, si bien la *surrogacy* se practica porque los tribunales dictan sentencias de paternidad, como en Arizona; un tercer grupo se compone de Estados que la permiten pero que pueden requerir de procedimientos legales posteriores, como Illinois; y, finalmente, algunos Estados la permiten y se garantiza una *PBO* (*PBO*) de paternidad en favor de los *IPs*, como son fundamentalmente, nuestros Derechos nacionales “de referencia”.

(*PBO*) no se garantiza en todos los casos sino que, por el contrario, son numerosos los Estados que han previsto una *Post-Birth Order* (*PtBO*)⁷¹. Frente a ello, algunos Estados han establecido una *PBO*, como Nevada⁷², California⁷³, Connecticut⁷⁴, Distrito de Columbia⁷⁵, Delaware⁷⁶, Maine⁷⁷, New Jersey⁷⁸, New Hampshire⁷⁹, Washington⁸⁰ y Vermont⁸¹, que son precisamente nuestros Derechos nacionales “de referencia”. Sin duda, la *PBO* constituye una garantía que otorga gran seguridad jurídica a las partes pues, ante las circunstancias desfavorables que puedan eventualmente acontecer en el momento del nacimiento del menor, impide que haya la mínima incertidumbre sobre quién tiene los derechos y, fundamentalmente, quién ha de asumir los deberes derivados de la filiación, pues serán los *IPs* sus padres legales desde el mismo momento en que nace el menor. Lo contrario, esto es, establecer un modelo en el que 1) no se reconozca el carácter *enforceable* del contrato de GS, 2) se prevea un plazo legal para que, durante la gestación e, incluso, después del parto, la mujer gestante pueda revocar su consentimiento prestado en el contrato de *surrogacy* en relación con la filiación y 3) no establezca la filiación mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor, va en contra de la seguridad jurídica de las tres partes implicadas, esencialmente, del menor y de la institución misma de la *surrogacy*, como TRHA.

⁷¹ Es el caso de Alabama, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois (en el que al menos uno de los padres de intención debe estar vinculado genéticamente con el menor y donde se obtiene administrativamente un certificado de nacimiento sin necesidad de que se haya dictado sentencia previa o *PBO* en determinadas circunstancias que, si no se cumplen, tendrá que dictarse una sentencia posterior -*PtBO*- al nacimiento para obtener el certificado de nacimiento), Kansas, Kentucky, Massachusetts, Maryland, Minnesota, Missouri, North Carolina, North Dakota, New México, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Vermont, Wisconsin (donde puede dictarse una sentencia previa o *PBO* con carácter provisional para facilitar la obtención de un certificado de nacimiento pero que en todo el caso será una sentencia posterior al nacimiento o *Post-Birth Order* la que permitirá la obtención del certificado de nacimiento) y West Virginia.

⁷² Previsto en Nev. Rev. Stat. NRS 126.500-126.810. Disponible en: <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-126.html#NRS126Sec500>. Fecha de consulta: 16/03/2023.

⁷³ Se regula en el California Family Law Sections 7960 - 7962 . Disponible en: https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217. Fecha de consulta: 16/03/2023. Asimismo, toma en cuenta el *case law*: Johnson v. Calvert (1993) y Buzzanca v. Buzzanca (1998).

⁷⁴ Está previsto en Conn.Gen.Stat.§7-48a. Disponible en: <https://law.justia.com/codes/connecticut/2015/title-7/chapter-93/section-7-48>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁷⁵ Se establece en: DC Law 21-0255. Disponible en: <https://code.dccouncil.us/dc/council/code/titles/16/chapters/4/>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁷⁶ Autorizado en: Delaware Code 13, § 8-801 through § 8-810. Disponible en: <https://delcode.delaware.gov/title13/c008/sc08/index.shtml>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁷⁷ Previsto en The Maine Parentage. Title 19A, Chapter 61. Disponible en: <https://legislature.maine.gov/statutes/19-A/title19-Ach61sec0.html>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁷⁸ Regulado en The New Jersey Gestational Carrier Agreement Act. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2018/Bills/A2000/1704_I1.HTM. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁷⁹ Establecido en: N.H.Rev.Stat. Ann.168-B. Disponible en: <http://gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.html>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁸⁰ Regulado en: RCW 26.26A. Disponible en: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A>. Fecha de consulta: 05/03/2023.

⁸¹ Autorizado en The Vermont Parentage Act of 2018. Disponible en: https://www.njleg.state.nj.us/2018/Bills/A2000/1704_I1.HTM. Fecha de consulta: 05/03/2023.

11. Procedimiento judicial no contradictorio

El procedimiento judicial en virtud del cual se establece la filiación con carácter previo al nacimiento del menor se ha de caracterizar con carácter general por ser un procedimiento no contradictorio. Como justificaremos seguidamente, este tipo de procedimiento, teniendo en cuenta el modelo que defendemos en su conjunto, ofrece más seguridad jurídica a las partes que un procedimiento contencioso. Este elemento sería el undécimo que contribuye a la configuración de nuestro modelo.

En efecto, el procedimiento por el que abogamos tendría como fin comprobar que el contenido del contrato de GS firmado entre la *surrogate* y los *IPs* es conforme al *Surrogacy Law* del Estado correspondiente. Para ello, las partes tendrían que presentar, junto con su escrito inicial, dicho contrato de GS junto con la documentación que acredite su contenido. El órgano jurisdiccional competente revisaría la documentación presentada y resolvería mediante sentencia en la que se confirmaría la piedra angular del contrato de GS, esto es, la atribución de la filiación del menor nacido como consecuencia de la GS a los *IPs*. Si el procedimiento transcurre de este modo o, dicho de otra manera, sin que tenga que celebrarse vista alguna, la sentencia previsiblemente se dictará antes del nacimiento del menor por lo que la solicitud inicial debiera presentarse aproximadamente a partir del momento en el que el personal sanitario puede considerar que el embarazo es, en principio, viable.

Ahora bien, es posible que cualquiera de ambas partes firmantes del contrato de GS y, por ello, legitimadas activa y pasivamente en dicho procedimiento puedan alegar que dicho contrato es contrario a la legislación nacional en materia de GS o *Surrogacy Law* del Estado de que se trate y, por ello, pueda devenir contradictorio. En tal caso, la sentencia podría dictarse tras el nacimiento del menor porque tendría que desarrollarse una vista para discutir el incumplimiento alegado por la parte la cual tendría que fundamentarlo en un principio de prueba.

Así pues, la regla general será que el contrato sea convalidado por el órgano jurisdiccional competente y, en consecuencia, que la sentencia se dicte antes del nacimiento del menor, salvo que tenga que, excepcionalmente, celebrarse la vista a la que nos referíamos anteriormente, en cuyo caso, el procedimiento se retrasaría con lo que probablemente la sentencia se dictaría tras el parto.

Ciertamente, los *IPs* son los padres del menor en todo momento porque, como ya expusimos anteriormente, la transferencia del embrión en el útero de la mujer gestante solo puede producirse tras la firma del contrato de GS entre ambas partes en el que, en esencia, la mujer gestante renuncia a la filiación y los *IPs* la asumen. Y, como acabamos de exponer, antes del nacimiento del menor, con carácter general se dictará sentencia en la que se confirma el contenido del contrato de GS en relación con la filiación en favor de los *IPs*.

Dicho esto, en nuestro modelo hemos asumido el contenido de la sección 7633 *CFC*⁸² que dispone que aun cuando la sentencia que establece la filiación del menor en favor de los *IPs* se dicta antes del nacimiento del menor, lo cierto es que dicha sentencia no despliega su eficacia hasta que el niño nace. Y, ello, porque pueden surgir conflictos de gravedad, como que la vida de la mujer gestante esté en juego durante el embarazo o cualquier otro de semejante magnitud en el que será la mujer gestante quien decida qué hacer en esa situación conflictiva, aun cuando dicha sentencia de filiación se haya dictado y los padres legales sean los *IPs*. De esta manera se salvaguardan los derechos de la mujer gestante de forma equilibrada respecto de los atribuidos a los *IPs*.

12. Filiación por naturaleza en favor de los *IPs*

La duodécima nota esencial de este modelo de GS que proponemos es que la filiación en favor de los *IPs*, que se establece en la sentencia dictada antes del nacimiento del menor, ha de serlo por naturaleza y no por adopción porque ello otorga mayor seguridad jurídica a las tres principales partes intervinientes, como son la mujer gestante, los *IPs* y el menor. Para justificar nuestra decisión, a continuación, expondremos los dos argumentos que esencialmente hemos tomado en consideración para defender la filiación por naturaleza.

El primero es que este modelo es el establecido en varios de nuestros ordenamientos jurídicos “de referencia”, como por ejemplo, en el *California Surrogacy Law*, pero también se infiere de la regulación española sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

Efectivamente, en el *California Surrogacy Law*, como expondré someramente a continuación, se atribuye la filiación por naturaleza a los *IPs* en casos de *surrogacy*. Ello es así, a diferencia, por ejemplo, de lo que acontece en otros Estados de Los EE.UU.⁸³ donde, mientras el padre biológico es el padre legal por naturaleza, la madre de intención o bien el segundo padre (si es una pareja del mismo sexo) serán sus padres legales por adopción. Sin embargo, en los Estados en los que lo son por naturaleza, lejos de tener que superar un segundo proceso de adopción, con la incertidumbre que ello puede llegar a suponer para los tres sujetos anteriormente indicados, los *IPs* podrán ser, como hemos reiterado, padres por naturaleza.

Conforme a lo anterior, el *CFC* establece dos tipos de filiación que son la filiación por naturaleza y por adopción. En concreto, de lo dispuesto en la sección 7601 (a) *CFC*⁸⁴,

⁸² Dispone la sección 7633 *CFC* que “*An action under this chapter may be brought, an order or judgment may be entered before the birth of the child, and enforcement of that order or judgment shall be stayed until the birth of the child.*”

⁸³ Ello es lo que ocurre, por ejemplo, en el Estado de Tennessee, en el que el contrato de *surrogacy* ni se permite ni prohíbe, conforme a su Tenn.Code Ann. Secciones 36-1-102 (50). Así, en este Estado solo el padre genético puede obtener una *PBO*, la gestante aparecerá como madre en el *bith certificate* (en adelante, *BC*) hasta que la madre de intención o el segundo padre (si es pareja del mismo sexo) complete un proceso de adopción en dicho Estado.

⁸⁴ Dispone la sección 7601 (a) *CFC* “*Natural parent*” (*padre o madre*) as used in this code means a *nonadoptive parent established under this part, whether biologically related to the child or not.*

que define qué son padres por naturaleza y por adopción, en relación con las secciones 7606 *CFC*⁸⁵, sobre las técnicas de reproducción asistida en general, y 7960 *CFC*, relativa específicamente a la TRHA de la *surrogacy*, cabe concluir que siendo la filiación natural aquella que no lo es por adopción, incluye aquellos casos en los que, habiendo o no vínculo biológico entre los *IPs* y el menor, el bebé nace, o bien a través de una relación sexual, o bien tras un acuerdo de reproducción asistida. En concreto, dicho acuerdo de reproducción asistida podrá serlo para la donación de gametos (óvulo o esperma) o para llevar a cabo un caso de *surrogacy*. En definitiva, todos los niños nacidos mediante TRHA son hijos por naturaleza de aquellos sujetos, los *IPs*, que han tenido la intención de serlo, con independencia de que tengan o no vínculo genético con el menor.

Esta concepción expuesta acerca de la atribución de la filiación por naturaleza y no por adopción en el caso de la aplicación de las TRHA es la misma que se recoge en la legislación española en materia de reproducción humana asistida, donde, recordemos, regula la GS pero sin autorizarla. Conforme a esta norma, cuando se aplican las TRHA autorizadas y reguladas en la Ley 14/2006 de TRHA, los padres del menor lo son quienes, aun no aportando su gameto, consienten en que las TRHA se apliquen a su pareja tanto si se trata de conformar familias heterosexuales⁸⁶ como homosexuales, únicamente, femeninas⁸⁷. En definitiva, los padres legales del menor son los que tienen la intención de serlo y la filiación lo es por naturaleza. Consideramos que, en tales casos, la filiación derivada del uso de las TRHA con donante tiene un carácter disponible, es por naturaleza y tiene un carácter intencional. Y, ello, con independencia del tipo de familia de que se trate, esto es, de familias heteroparentales, homoparentales y monoparentales⁸⁸.

⁸⁵ La sección 7606 *CFC* establece: *As used in this part, the following definitions shall apply: (a) "Assisted reproduction" means conception by any means other than sexual intercourse. (b) "Assisted reproduction agreement" means a written contract that includes a person who intends to be the legal parent of a child or children born through assisted reproduction and that defines the terms of the relationship between the parties to the contract.*

⁸⁶ En el caso de la filiación en parejas heteroparentales, a la que se refiere esencialmente la LTRHA, ello se deriva de la interpretación conjunta de los arts. 6.3, 8.1 y 8.2. En este sentido, el citado art. 6.3 se refiere a que el marido consiente en que su mujer sea usuaria de las TRHA; el art. 8.1 dispone que ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación; y, finalmente, el art. 8.2 señala que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en la Ley reguladora del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas, sin perjuicio de que quede a salvo la reclamación judicial de paternidad.

⁸⁷ En el supuesto de la filiación en el caso de parejas homoparentales, la LTRHA tan sólo regula el caso de pareja de mujeres puesto que a las parejas masculinas les ha vedado el uso de las TRHA. Para tales casos, el art.7.3 LTRHA, dispone que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

⁸⁸ En los casos en los que una mujer quiere formar su familia monoparental, la LTRHA no ha establecido ninguna disposición específica aun cuando haya habido contribución de donante de gameto, no solo masculino, sino también femenino o de embrión. Entendemos que ello pudiera ser así porque la LTRHA asume el principio de *mater semper certa* es que puede traducirse como que "la madre siempre es conocida",

En segundo término, otro argumento en favor de la filiación por naturaleza en los casos de GS es que, partiendo de que ambas son equivalente en derechos y obligaciones de los padres, es preferible la filiación por naturaleza porque con ella se llegará al mismo resultado pero en un tiempo menor. Ello implicará que la filiación del niño nacido como consecuencia de un caso de GS como TRHA será automática, de manera que cuando nazca lo hará con la seguridad jurídica que implica que los padres legales hayan sido determinados. El menor nace sin estar desprovisto de la filiación de uno de sus padres de intención o con una filiación que no resulte controvertida.

13. Interés superior del menor: confidencialidad y transmisión de sus orígenes

Como último elemento esencial que contribuye a la configuración del modelo teórico de GS que proponemos hemos establecido que esta TRHA ha de llevarse a cabo siempre y en todo caso garantizando el interés superior del menor, en sintonía con lo dispuesto sobre la materia en la legislación internacional, fundamentalmente la prevista en Convención sobre los Derechos del adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Serían muchas las cuestiones que están involucradas en hacer realidad este factor⁸⁹. Pero, de todas ellas, y junto con el hecho de la confidencialidad que debe primar en el marco del procedimiento judicial de filiación, consideramos que han de cumplirse fundamentales dos, a las que ya hemos hecho referencia en los puntos anteriores y que, seguidamente, nos limitaremos a incidir sobre ellas.

La primera cuestión se refiere a la filiación. Si verdaderamente se ha de primar el interés superior del menor, la filiación ha de estar establecida en favor de los *IPs*, como sus padres intencionales, antes de que su nacimiento se produzca con el fin de que cuando el parto tenga lugar el menor no nazca en medio de un conflicto o dentro de un limbo legal⁹⁰.

La segunda cuestión a la que también hemos alusión es que el menor tiene derecho conocer sus orígenes, tanto genéticos como biológicos⁹¹. Esto quiere decir, no solo que

esto es, será su madre por naturaleza aun cuando haya requerido de contribución de donante o donantes o embrión.

⁸⁹ En este sentido, Sales Pallares, L., “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, Cuadernos de Derecho Transnacional, nº 2, octubre 2019, pp. 326-347. Puede leerse también Escalada López, M. L., *La oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*, Tirant Lo Blanch, 2021.

⁹⁰ En este sentido, el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 dispone que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

⁹¹ En esta línea se sitúa la posición de Gonzalez Gerpe, D., “Gestación subrogada: aspectos...”, op. cit., pp. 21-40. Disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000245>. Fecha de consulta: 05/03/2023. También puede leerse, Álvarez Plaza, C., “La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogada”, *IM-Pertinente*, 2 (1), pp. 17-43; Novales Alquézar, A., “Las técnicas de reproducción humana asistida y el derecho del niño a conocer su propio origen biológico en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Journal Of Humanities And Social Science*, vol. 22, Issue 1, Ver.2 (January 2017), pp. 56-65.

tiene que tener la opción de conocer al donante/donantes, si es que tuvo que acudir a él, sino también que ha de poder saber qué mujer le gestó. Para que sus padres legales puedan tener la opción de transmitirles sus orígenes, es por lo que hemos defendido los siguientes aspectos relativos a los donantes, si es que fueron necesarios, y a la mujer gestante.

En relación con los donantes, a cuyo epígrafe remitimos⁹², hemos abogado por la libertad que deben poder ejercer para decidir si quieren ser anónimos o no, lo que facilita que los *IPs*, según decidan acerca de la transmisión, más que revelación, de los orígenes a su hijo, puedan buscar un donante compatible con ello. Ello puede verse facilitado asimismo si los *IPs* pueden elegir personalmente al donante al margen de criterio médico alguno.

Respecto de la mujer gestante, hemos defendido⁹³ que la compatibilidad o *match* entre ella y los *IPs* no ha de ser realizada por el personal sanitario sino entre ambos, esto es, ambas partes deben poder elegirse libre, personal y recíprocamente. De esta forma, el menor tendrá garantizado el derecho a que sus padres le transmitan sus orígenes en relación con la mujer gestante.

Así pues, el derecho del menor a conocer los orígenes debe incluir la información pertinente sobre la mujer gestante y, en su caso, sobre el donante/donantes. Lo que en ningún caso puede suceder es que se exija el cumplimiento de este derecho respecto de la gestación por sustitución y, sin embargo, no se reclame su observancia en relación con el uso de un donante o donantes. De hecho, esto es lo que ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, como el español. Efectivamente, y de forma paradójica, los detractores de la gestación por sustitución, no se sabe si de forma malintencionada o por desconocimiento, critican que, en casos de gestación por sustitución transfronteriza, no se posibilita al menor que pueda conocer quién le gestó, lo que es completamente erróneo porque esta información se ha de incluir en el registro civil cuando se lleva a cabo la inscripción de la filiación del menor. Y, sin embargo, los mismos que se oponen a la gestación por sustitución no reconocen el hecho de que, conforme a la regulación contenida en la Ley 14/2006, de TRHA, a los únicos niños a los que no se les respeta el derecho a conocer sus orígenes son a los que han nacido gracias a un donante de semen o una donante de gametos o unos donantes de embrión, dado que la donación, conforme a la Ley 14/2005, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, tiene que ser anónima.

III. CONCLUSIONES

Hemos desarrollado 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 modelo.

⁹² Vide supra apartado II. 9.

⁹³ Vide supra apartado II. 5. C) b)

La metodología que hemos establecido se ha basado esencialmente en el *Surrogacy Law* previsto en los Derechos nacionales que hemos denominado “de referencia”.

Conforme a ella, hemos propuesto un modelo teórico jurídicamente seguro que efectivamente cumple con los tres requisitos a los que hemos condicionado la seguridad jurídica del modelo.

En concreto, dicho modelo se ha configurado con la suma de trece elementos esenciales, en virtud de los cuales hemos concretado la seguridad jurídica que lo caracteriza.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha sido realizado esencialmente en el marco 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).