

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- **ABREVIATURAS**
- **INTRODUCCIÓN**

I

Nociones introductorias

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	18
2. MEDIOS DE REPRODUCCIÓN	35
2.1. NOCIONES INTRODUCTORIAS	35
2.2. CONCEPTO.....	38
2.3. MEDIOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.....	39
2.4. PROCREACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA	47
2.5. PMA – HOMÓLOGA E HETERÓLOGA.....	50
2.6. LA BIOÉTICA Y LOS MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DENTRO DEL CONTEXTO FAMILIAR	64
3. PORTUGAL - LA LEY PORTUGUESA DE LA PROCREACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA – LEY 32/2006 DEL 26 DE JULIO (LPMA).....	76
3.1. LA LPMA DEL 2006.....	76
3.2. SISTEMATIZACIÓN DE LA LPMA – <i>LEI 32/2006 DE 26 DE JULHO</i>	86
3.3. LPMA – EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS	91
3.4. ÁMBITO PERSONAL.....	98
4. ESPAÑA – LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA – LEY 14/2006	105
4.1. SISTEMATIZACIÓN	106
4.2. LAS TRHA – EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS.....	114



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

5. REGIMÉN JURÍDICO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN LA PENÍNSULA IBÉRICA	130
5.1. MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS	130
5.1.1. <i>El Contrato de Gestación</i>	143
5.1.2. <i>Contrato de gestación a título oneroso y a título gratuito</i>	150
5.1.3. <i>Valor, licitud y admisibilidad del contrato de gestación</i>	157
5.1.4. <i>Argumentos a Favor y en contra de la Maternidad de Sustitución</i>	159
5.1.5. <i>Filiación en la Maternidad por Sustitución</i>	181
5.1.6. <i>Propuestas legales en curso y el Parecer nº 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, del 12 de marzo de 2012 (Opinión)</i>	191
5.1.7. <i>Análisis y Posición adoptada</i>	205
5.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	217
5.2.1. <i>El contrato de gestación y sus consecuencias jurídicas</i>	223
5.2.2. <i>Filiación en la maternidad por sustitución</i>	243
5.2.2.A) <i>Contratos de gestación celebrados en el extranjero por españoles</i>	250
5.2.2.B) <i>La filiación y el recurso a madres de alquiler – Jurisprudencia, Instrucciones de la DGRN y modelo de cambio</i>	274
6. MODELO AMERICANO	292
6.1. PANORAMA LEGISLATIVO AMERICANO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN	292
6.2. NOTA COMPARATIVA DE LAS LEYES EUROPEAS CON LA LEY AMERICANA.....	315
6.3. ESTRATEGIAS DE ENCUADRAMIENTO DEL MODELO AMERICANO EN EL CONTINENTE EUROPEO	321

- **CONCLUSIONES**
- **ANEXOS**



INTRODUCCIÓN

La investigación del tema que presentamos, se inició durante el período de investigación del Programa de Doctorado “Nuevas Tendencias en Derecho Privado”, el cual culminó con la presentación del trabajo de Grado titulado “Análisis crítico de la Maternidad de Sustitución y la Fecundación Post-Mortem en el contexto Ibérico”, bajo la dirección de la Profesora Titular Doctora D. ^a Esther Torrelles Torrea y del Profesor Ayudante Doctor Juan José Puerto

En dicho trabajo centramos nuestras atenciones en el ámbito general de los procesos de Procreación Médicamente Asistida en el contexto ibérico – Portugal y España.

Ahora, pretendemos retomar la investigación sobre Procreación Médicamente Asistida con el propósito fundamental de promover una aproximación más estrecha entre Portugal y España procurando, en esta materia, analizar las cuestiones jurídicas más actuales y controvertidas, para que se logre el objetivo propuesto de armonización legal, así como actualizar el estudio anterior.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Además, nos centramos en la investigación de la *maternidad por sustitución* como uno de los problemas más controvertidos de todo el proceso de la Procreación Médicamente Asistida, no solo a nivel jurídico, sino también a nivel bioético, moral y social.

Las propias leyes reguladoras de la Procreación Médicamente Asistida (Portuguesa y Española) consagran determinadas formas de “superar” o eludir la infertilidad de la pareja, olvidándose de que, en algunas circunstancias, la infertilidad no se puede remediar mediante técnicas médicas, sobre todo cuando la supuesta mujer de recepción no puede soportar un embarazo hasta el final.

Además, la proximidad entre Portugal y España sigue siendo un factor de interés en el estudio y análisis de las diferencias y similitudes de los dos regímenes jurídicos en el ámbito de la procreación médicamente asistida.

Expondremos las modificaciones legislativas que contribuyen a una mejoría de la normativa vigente a fin de adaptarla a la realidad científico-jurídica y, de este modo, promover la unificación del espacio peninsular para una mayor y más estrecha aproximación entre los dos países.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Además de las diversas reflexiones de este estudio cualitativo y comparativo, los dos países analizados en este trabajo, España y Portugal, presentan un hecho preocupante que se añade a la ya instalada crisis económica – son dos países con las menores tasas de natalidad del mundo.

Cabe señalar que las principales razones que subyacen en el presente estudio son: el incremento de nuevas técnicas de reproducción humana y, simultáneamente, la complejidad creciente de las cuestiones que emergen en el plano ético, jurídico y familiar. En este sentido, destacamos las siguientes razones / hechos que nos llevaron a estudiar este tema:

✚ La continua evolución técnica y el surgimiento de nuevos métodos, y utilización de técnicas alternativas, como la maternidad de sustitución;

✚ El aumento de las tasas de infertilidad /esterilidad que afecta cada vez a más parejas lusitanas con profundo sufrimiento que conlleva;

✚ La ausencia prolongada, sobre todo en el sistema jurídico portugués, de legislación específica y especializada



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

sobre la PMA (Procreación Médicamente Asistida), que se revela necesaria y urgente, por las lagunas existentes en ambos ordenamientos portugués y español;

✚ El riesgo de abusos de prácticas reproductivas asociado a la ausencia de legislación específica;

✚ La necesidad de existencia de una ética, moral y derechos que resguarden no solamente a los candidatos y profesionales, sino también la dignidad de los seres humanos en el proyecto (al igual que al embrión);

✚ La existencia de varias leyes internacionales sobre procreación humana asistida;

✚ La necesidad de un cambio urgente en la legislación, en lo concerniente a la Reproducción Humana y protección del recién nacido.

Así, nuestro estudio se centra en la comprensión y comparación entre diversos textos legales, a fin de hacer un detallado y, modestamente, completo análisis del tema sin olvidar los cambios legislativos operados indicando, siempre que sea posible, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También es de destacar que una de las finalidades pretendidas es el estudio crítico de las doctrinas ibéricas aún más allá de la frontera, examinando la posibilidad de la adopción/importación de un modelo extranjero.

Por lo expuesto, el trabajo tiene la siguiente estructura:

✚ En el primer capítulo se presenta la evolución histórica de las técnicas de reproducción humana desde los albores de la humanidad, con el fin de obtener una visión clara de la realidad científica, así como su desarrollo en cuanto a los conceptos básicos de la medicina reproductiva.

✚ En el segundo capítulo, se analizan los medios de reproducción humana a partir de las siguientes técnicas: inseminación artificial (IA), fertilización *in Vitro* con transferencia del embrión para el útero (FIVETE), transferencia intratubarica de gametos (GIFT), transferencia intratubarica cigoto (ZIFT), transferencia intratubarica de embriones (TET), inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) y desecación parcial de la zona pelucida (PZD). A continuación, iremos hacer la distinción entre inseminación homóloga y heteróloga.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Posteriormente, abordaremos algunos conceptos de bioética, así como sus principios determinantes en la medida en que éstos constituyen la base analítica del presente trabajo.

Hay que advertir que la perspectiva presentada no es solamente jurídica, sino también ética y moral, ya que el Derecho es un todo sistemático, construido por y para el hombre, ser eminentemente social.

✚ A su vez, en el tercer capítulo, nuestro análisis se centrará en la Ley de la Procreación Médicamente Asistida –, Lei 32/2006 de 26 de Julho – LPMA portuguesa, más concretamente en una exposición y en una reflexión breve sobre la misma.

✚ El cuarto capítulo incide en el análisis de la Ley española, ley nº 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida – TRHA. Aquí vamos también examinar cómo estas técnicas son ejecutadas a la luz de la legislación española.

✚ El quinto capítulo se refiere específicamente a la maternidad de sustitución.

Pretende ser una reflexión sobre el contrato de gestación, en Portugal, más concretamente su valor legal, (i)licitud y



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

admisibilidad del mismo. Se esgrimirán argumentos sobre la admisibilidad o no de esta figura.

Del mismo modo, incidirá en la perspectiva legislativa española, es decir cómo este ordenamiento jurídico conoce la maternidad de sustitución, cómo califica el contrato de gestación y sus consecuencias jurídicas (los aspectos filiales de la maternidad de sustitución).

El sexto capítulo retoma la perspectiva de los dos ordenamientos jurídicos, pero dentro de un análisis comparativa con el modelo Americano, con la finalidad de evaluar la viabilidad de implementar, adaptar o transponerlo en el contexto Ibérico. Pretendemos exponer una propuesta de modificación, con argumentos favorables y contrarios a ese nuevo modelo.

Cabe matizar que, partiendo del cuadro jurídico analizado, procuramos examinar la posibilidad de que los dos sistemas jurídicos – Portugués y Español – puedan aprobar un reglamento armonizado.

Para este propósito, la metodología se fundamenta en el análisis del discurso, amparada en la lectura de artículos

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

científicos sobre el referido tema, así como la comprensión de la doctrina y de la jurisprudencia elaborada sobre tema.

Para finalizar, es importante añadir que, aunque situados en una zona gris, quedan fuera del ámbito de este estudio la clonación, la homosexualidad *vs* procreación médicamente asistida y la inseminación *Post-Mortem*, no porque tengan menor relevancia, sino porque creemos necesario un estudio más detenido en los dos primeros casos – optamos por estudiarlo en una posterior investigación – y, en el segundo, no sólo porque ya fue objeto de estudio en el trabajo de grado, sino por merecer un estudio individualizado que escapa de las pretenciones del actual trabajo.



I - Nociones Introdutorias



1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Partiendo del progreso de las ciencias biológicas y médicas, el hombre ha pasado a disponer de recursos que amenizan sentimientos, al mismo tiempo que generan esperanzas de vida. También, el Don de la vida confiado al hombre, debe surgir de reflexiones norteadas en la responsabilidad de los valores y derechos de la persona humana.

Con las nuevas propuestas tecnológicas, el hombre ha logrado escapar del límite impuesto por la esterilidad natural de la pareja, con el fin de proporcionar a la misma la posibilidad de tener hijos.

Del mismo modo, el límite impuesto por la naturaleza ha terminado por posibilitar a la ciencia poner en causa algunos criterios y valores hasta entonces preservados¹. Recordemos que

¹ Cfr. ROTHLEY, W. y CASINI, C., *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana*, Comisión de los Asuntos Jurídicos e dos Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo, Servicio de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990, p.149.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

“a infertilidade pode ser considerada como uma condição comum associada de maneira importante com aspectos psicológicos, económicos, demográficos e médicos”².

Desde la elaboración del primer dictamen del Consejo Nacional de Ética a las Ciencias de la Vida³, muchos han sido los avances dentro de las áreas médicas en lo que respecta a las técnicas y prácticas de la reproducción humana⁴.

La curiosidad del tema en causa remonta a tiempos antiguos, por eso el desarrollo de la ciencia genética acaba por profundizar el conocimiento del Hombre desde su complejidad global⁵.

Mientras, el origen de los métodos que hoy conocemos y que hacen parte de las sociedades contemporáneas asienta su estructura social en el pasado; ya hay noticias antes de Cristo.

² Cfr. GLINA SIDNEY; JONATHAS SOARES ; ARIVALDO MEIRELLES; ARIALDO CONCEIÇÃO; NELSON ANTUNES, “Reprodução Humana”. http://portal2.unisul.br/Infertilidade_Feminina_e_masculina.pdf, consultado día 19/01/2010.

³ Parecer 3/CNE/1993

⁴ Cfr. Vayena, E., Rowe, P.J. e P.D.Griffin, Current practices and controversies in Assisted Reproduction - report of a meeting on Medical, Ethical an Social Aspects of Assisted Reproduction, Word Health Organization, Genève, 2002, p. 386

⁵ MORANGE ,M., *La part des genes*, ed. Odile Jacob, Paris, 1998, p. 222.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Sin embargo, hay que señalar de antemano que los mayores impulsos tuvieron lugar entre los siglos XIX y XXI.

A lo largo de los tiempos, la sociedad idealizó maneras de perpetuar la especie humana y proporcionar mayor felicidad a las parejas angustiadas por la ausencia de hijos. Así, a la medida que la ciencia avanzaba en el sentido de comprender los mecanismos reproductivos, se procuraba percibir el desarrollo “celular”, desde la fecundación, pasando por las fases de embrión y feto, hasta el nacimiento del nuevo ser humano.

Sin embargo, la ciencia cumplió perfectamente con su “papel”, pues una de las principales batallas fue para combatir las variadas patologías relacionadas con la reproducción: desde enfermedades sexualmente transmisibles (DST’s), infertilidad, enfermedades genéticas debeladas, por ejemplo, por la selección del sexo del niño, entre otras⁶.

Este tema ha ocupado numerosos escritos, incluso llegó a ser un tema central en la Biblia. En varios pasajes se trata de

⁶ Señalase ya que “Este extraordinario poder médico y tecnológico acaba de surgir, pero ya amenaza con alterar la manera en la que los seres humanos hemos entendido la procreación y la familia desde la noche de los tiempos...”

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

explicar la creación del hombre: “Y crió Dios el hombre a su imagen y semejanza”, “...creced y multiplicaros...”.

También en el campo de la mitología, se encuentra un ejemplo de inseminación, aunque, *Post-Morten*. En este episodio, Ísis reconstituye los restos mortales de Osiris, para fecundarse a si misma.

En su vez, en la Antigüedad Clásica (Greco-Romana), se explicó este tema con base en fenómenos naturales. Para Séneca, en la “semilla” estarían todas las partes del hombre, y en el útero materno el niño ya tendría las “raíces”, de lo que iría ser la barba, el cabello, al final, todo el cuerpo que emergería.

Esta idea de Séneca, también previamente compartida por Aristóteles, se llamó Teoría de la Pré-Formación y ha sido mantenida hasta la invención del microscopio, cerca del año 1590 por Hans Jensen. Al observar el esperma, se ha pensado ver un homúnculo en su interior (como en las teorías de la Antigüedad Clásica).

La inseminación artificial fue, desde muy temprano, la práctica más corriente en animales. Ya los árabes, unos siete siglos después de Cristo iniciaron esta práctica, tal como lo hicieron los Griegos y los Romanos. Recordemos también la



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

inseminación, con éxito, de una yegua, llevada a cabo por un árabe de Darfur, en 1322.

También en el siglo XIV, el monje borgoñón D. Pinchon experimentó estas técnicas en pescado. Son numerosos los casos, o por lo menos, los intentos de inseminaciones a lo largo de la historia⁷.

Pero, sólo en el siglo XVIII (probablemente 1776 y 1779), hay registro de inseminación en mujeres. Incluso se intentó esta práctica, sin éxito, con la mujer del Rey Enrique IV de Castilla, “*El Impotente*” (apodo tanto o más extraño, dado que, en esa época, la infertilidad era imputada casi siempre al sexo femenino)⁸.

⁷ “Ainda no domínio da veterinária existem relatos fiáveis referentes às experiências de Marcelo Malpighi e Bibrena logrando o encaixe de germenos nos ovos de bicho da seda em 1670 e de Jacobi e Elkein fazendo o mesmo com ovos de salmão (...) ou de trutas e pássaros” (cfr. DUARTE. T., *In Vitro Veritas – A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, Lisboa, 2003, p.20).

⁸ “...el estado de los conocimientos sobre la reproducción humana era mucho más limitado de lo que darían a entender estas tentativas (...) hasta el año 1667, en el que Johan Ham afirmó que la esterilidad también se podía deber a la ausencia de espermatozoides, todo tipo de esterilidades con la consiguiente carga de rechazo social y conyugal que esto suponían eran atribuidas a las mujeres: esta creencia se seguía vigente mucho tiempo después, y no solo popularmente. De hecho, la inseminación artificial se utiliza en estos primeros casos para paliar la esterilidad masculina sino para evitar ciertos “problemas femeninos”. Hasta finales del siglo XIX no se encuentra ninguna indicación sobre la posible utilización de la inseminación artificial para el caso de esterilidad masculina” (cfr. AÑON LEMA, C.,



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También se puede añadir una breve nota cuanto a la forma de proceder de esta operación, en la perspectiva de un profesional de Medicina, según el cual “(...) *puede ser útil: a las mujeres frías, a las que son indiferentes a los juicios de los maridos, a las que tienen antipatía por los hombres y las mujeres públicas. El marido puede desear la inseminación artificial si la mujer tiene demasiada negligencia para la higiene, una transpiración fuerte, un olor molesto, aliento desagradable, algunos defectos en la fisonomía (...)*”⁹.

Fue en el siglo XIX cuando se obtuvieron mayores resultados sobre el desarrollo desde la fecundación hasta el nacimiento. Se descubrió entonces la importancia del ovulo, retirando “protagonismo” al espermatozoide, como elemento fundamental en el proceso de fecundación¹⁰. Hasta entonces, la

Reproducción, poder y derecho- Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida, DITORIAL TROTTA, 1999, p.31).

⁹ Cfr. CAMPOS HERRERA, La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española, Universidad de Granada, 1991, p.12.

¹⁰ “En 1884 se produce el primer embarazo resultante de una inseminación artificial realizada con semen de hombre distinto del cónyuge de la mujer inseminada. La realiza un ginecólogo llamado Pancoast, a la sazón profesor del Jefferson Medical College de la ciudad norteamericana de Filadélfia (...) se trató de cierto modo de una “violación”(…) Después de examinar numerosas veces a la mujer (...) para determinar las causas de su infertilidad, el Doctor Pancoast llegó a la conclusión de que ella era fértil, y que el problema estaba en su marido, que no producía semen (...) llamó otra vez a la mujer (...) la acostó a una mesa, alrededor de la que también



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

mujer tenía el papel de tálamo del esperma y, como tal, simple alojamiento del nuevo ser.

A mediados del siglo XX se descubrió el proceso de la meiosis celular y, desde luego, el desarrollo de la célula después de la unión del ovulo con el espermatozoide – tiene la mitad del material genético del padre y mitad de la madre.

Importante fue también la determinación del ciclo menstrual, en 1932, lo que permitió percibir el período más adecuado a la fecundación¹¹.

En la década de 40, se experimentó un enorme impulso debido a la posibilidad de congelación de semen, pero fue ya en 1953 que tres inseminaciones han vengado en mujeres, con semen congelado¹².

estaban seis jóvenes estudiantes de medicina, y le administro cloroformo para anestesiarla. Después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en el útero, y después lo taponó con gasa. La mujer nunca fue informada de lo que había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después tuvo un hijo.” (op.cit. AÑON LEMA, C., “Reproducción, poder y...”, pp. 31 y 32).

¹¹ “Precisamente en 1932 Ogino y Knaus determinan las fases del ciclo menstrual, lo que dará mayores probabilidades de éxito a la inseminación artificial” (op.cit. AÑON LEMA, C., “Reproducción, poder y...”, p. 32).

¹² “En 1945 Jean Rostand la realiza en batracios y cinco años después en bovinos, con resultados favorables (...) pero será en 1953 cuando en las experiencias de Bunge y Sherman se producen tres embarazos con semen

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También en los años 50, James Watson, Francis Crick y Maurice Wilkins, propusieron la estructura de la famosa molécula de doble hélice, denominada ácido desoxirribonucleico (ADN), componente de los cromosomas y responsable por las características hereditarias de los seres vivos, una hazaña que les valió el Premio Nobel de la Fisiología e Medicina en 1962.

Este paso fue decisivo para las grandes descubiertas en el campo de la manipulación genética e de la fertilización artificial.

La invención de la píldora anticonceptiva ha traído, efectivamente, mayor libertad sexual al ser humano, ya que se evita el nacimiento de hijos no planeados. Sin embargo, si es cierto que este fue un paso decisivo, mayor contribución ha sido dada en lo que concierne a la posibilidad de querer tener hijos sin éxito. Sin duda, es enorme la contribución tanto a nivel personal, sobre todo para el bien estar físico y psicológico de la pareja, como a nivel social.

humano congelado” (op.cit. AÑON LEMA, C., “Reproducción, poder y...”,p. 32).

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En 1960 es creado en Bruselas el primer banco de esperma. Además, Bélgica es de los países más afamados en este tema.

Diferente de inseminación en los términos antes citados es hablar en fecundación extracorpórea, *maxime*, el proceso de inseminación *in Vitro*¹³.

El mayor acontecimiento ocurrió a finales de la década de 70, cuando el mundo asistió al nacimiento del primer “bebe probeta”, a pesar de que los primeros intentos remontan a 1944 por Rock y Merkin, por supuesto, infructuosos.

Nunca se había creído que los delirios del primer “romancista cerebral”, Aldous Huxley, autor de *Brave New World*, se convirtiesen en realidad y, en Julio de 1978, nace Louise Brown, en el General Hospital en Inglaterra (aunque la inseminación artificial se manejó antes de esta fecha¹⁴). Este fue

¹³ “Los primeros intentos (...) se realizaron sin éxito con gametos de animales a finales del siglo XIX: Schenk en 1878 intenta fecundaciones *in vitro* con cobayas y conejos (...) 1890 (...) con mamíferos de una hembra a otra (...) a finales de los años cincuenta del siglo XX se consiguen los primeros éxitos de la fecundación *in vitro* en animales; primero con conejos, y después con hamsters y ratones. Paralelamente se empiezan a realizar experiencias con la congelación de embriones” (op.cit. AÑON LEMA, C., “Reproducción, poder y...”,p. 33).

¹⁴ Hay noticias que, desde meados del siglo XVIII ya habían experiencias de inseminación artificial en animales, máxime, peces.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

el resultado de las pesquisas y trabajos de Patrick Steptoe y Robert Edwards, ambos ginecólogos¹⁵.

En el mismo año nace otro “bebe de probeta” en India y, en Portugal y España, ha ocurrido respectivamente en Febrero de 1986 y 1984.

Se estima que entre 1978 y 2001 tengan nacido alrededor de trescientos mil “bebés probeta”.

En resumen, fue precisamente en los años 80 que las prácticas biomédicas conocieran un “boom” en esta área, pasando a formar parte del día a día para todos nosotros: congelamiento de espermatozoides o embriones, procreación artificial entre homosexuales (no obstante la previsión legal de esta situación, que se verá adelante), reproducción *post-mortem*, inseminación en mujeres solteras.

En relación a la transferencia de embriones podremos destacar también algunos acontecimientos claves.

¹⁵ “...lograron en 1978 el primer éxito en seres humanos, habían empezado a trabajar en este campo en 1967(...) estaban trabajando simultáneamente en esta línea de investigación varios equipos en Gran Bretaña, Estados Unidos Suecia y Australia (...) A partir de 1971 Steptoe y Edwards concibieron la idea de un tratamiento hormonal destinado a estimular el crecimiento de los folículos ováricos...” (op.cit. AÑON LEMA, C.“Reproducción, poder y...”, p .33).

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Así, en Octubre de 1984, nace en Australia, el primer bebe, procedente de un embrión congelado. En 1987, una situación semejante acontece en África, también con embriones congelados, sin embargo en la modalidad de maternidad por sustitución o alquiler – en esta fecha “...una mujer sudafricana da a la luz tres hijos procedentes de óvulos de su hija, fecundados *in Vitro*, convirtiéndose así en madre abuela”¹⁶.

Una vez más, recordemos que los avances referidos generan problemas jurídicos únicos y dilemas ético-morales casi insolubles, lo que implica la necesidad de un debate liberal, consciente, constante, razonable y racional.

No menos primordial es el enfoque histórico a las referencias jurisprudenciales más importantes sobre el tema en cuestión.

En pocas palabras, una de las primeras situaciones ocurrió en 27 de Agosto de 1884, en Burdeos, afirmando el tribunal que la inseminación artificial constituía un verdadero peligro social. Se afirma que “*repugna à lei natural, podendo constituir um verdadeiro perigo social e importa à dignidade do*

¹⁶ Op.cit. AÑON LEMA, C., “Reproducción, poder y...”, p .34.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

*casamento que semelhantes processos não sejam transportados do domínio da ciência para o da prática*¹⁷.

En el siglo XVIII, la Iglesia Católica se ha pronunciado fuerte y contundentemente contra estas prácticas. Más tarde, en el cambio de siglo, decreto formalmente la interdicción formal de las mismas y la Congregación del Santo Oficio de Roma las calificó como no licitas.

Solo en 1957, la Iglesia cambió su posición, con Pio XII, manteniendo todavía su posición como contraria al Derecho Natural. Curiosamente, años más tarde, el que se convertiría en el Papa Juan Pablo II, envió una carta de felicitación a los padres del primer “bebe probeta”.

En la actualidad, la Iglesia Católica afirma que “o rápido desenvolvimento das descobertas tecnológicas torna mais urgente esta exigência de respeito aos critérios mencionados: sem a consciência, a ciência só pode conduzir à ruína do homem”¹⁸.

¹⁷ Op cit. DUARTE, T., *In Vitro Veritas...*, p.21

¹⁸ “A nossa época, mais do que nos séculos passados, precisa desta sabedoria para que se tornem mais humanas todas as novidades descobertas pelo homem. Realmente estará em perigo a sorte futura do mundo se não surgirem homens mais sábios”. Const. past. *Gaudium et Spes*, 15; cfr. também Paulo VI, Encicl. *Populorum Progressio*, 20:AAS 59, 1967, p.267; João Paulo II, Encicl. *Redemptor Hominis*, 15: AAS 71, 1979, p. 286-289; Exort. Apost. *Familiaris Consortio* 8: AAS 74, 1982, p.89.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Contrariamente a la Iglesia Católica, la Iglesia Anglicana consideró que no hay inconveniente en recurrir a técnicas de inseminación, desde que homologas, para evitar problemas de infertilidad entre parejas.

El caso Pádua es digno de mención. En los años 50, el marido acusó su mujer de adulterio, aunque estaban separados, pues había sido inseminada artificialmente con semen de donante. El marido intentó una demanda de divorcio, aunque se comprobó que esta no mantuvo relaciones fuera del matrimonio. Esta fue absuelta en 1ª Instancia, condenada en Apelación pero absuelta en el Supremo.

También en Italia, aún en la década de 50, el Tribunal consideró que el marido se veía impedido de impugnar la paternidad del hijo nacido por estos métodos.

A principios de los 90, los médicos ya tenían experimentado varios tipos impensables de inseminación artificial: en mujeres vírgenes y en mujeres en la menopausia que hayan dado a la luz.

A mediados de 1996, el acontecimiento que sacudió al mundo científico, fue marcado por los investigadores del Roslin



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Institute, en Edimburgo, que realizaron un efecto notable de laboratorio, haciendo la fusión de una célula retirada del núcleo de la glándula mamaria de una oveja de seis años con el ovulo de otra oveja, lo que constituye la reproducción del embrión de la famosa oveja Dolly.

El cambio de siglo es marcado por el avance tecnológico dentro de la reproducción humana por inseminaciones continuadas y mejoradas, dando lugar al nacimiento de seres humanos a través de semen congelado de personas fallecidas, formando una generación de abuelos que dan a luz los propios nietos.

Pero hubo algunas manifestaciones contrarias al avance tecnológico que acaba por invadir el siglo XXI. Para la Iglesia Católica, tales procedimientos dentro de la reproducción humana, deben surgir de la consciencia de las autoridades políticas para asegurar el bien estar de la familia de forma prioritaria¹⁹.

¹⁹ “...Pertence aos deveres da autoridade pública agir de modo que a lei civil seja regulada pelas normas fundamentais da lei moral, naquilo que diz respeito aos direitos do homem, da vida humana e da instituição familiar. Os políticos deverão esforçar-se, através de sua intervenção junto à opinião pública, para obter na sociedade o consenso mais vasto possível acerca de tais pontos essenciais e para consolidá-lo sempre que correr o risco de enfraquecer-se ou de vir a desaparecer...”. (Op.Cit. PAULO II, João; Exort. Apost. Familiaris ... p. 97).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

La idea del hombre en ser creador y hacer con que diversas especies sean producidas de forma artificial es la representación de un nuevo tiempo que debe ser analizado dentro de cada contexto jurídico, social, cultural e histórico.

Almeida Santos cree que esa nueva tendencia tecnológica es un caminar gigantesco de un tiempo marcado por la inquietud y la imprevisibilidad que toma forma²⁰.

El tema de la infertilidad se ha mostrado, a lo largo de su precurso histórico, uno de los factores más determinantes para el avance tecnológico de la reproducción humana, ya que afecta muchas parejas, al mismo tiempo que el peso de la infertilidad acaba por frustrar el individuo al no procrear²¹.

Cabe señalar que en Portugal, según la documentación del Ministerio da Solidariedade e Segurança Social, hay cerca de doscientas y cincuenta mil parejas en edad fértil sin hijos pero con grande determinación para concretizar el proyecto de paternidad. Estos documentos también mencionan que, además

²⁰ Cfr. ALMEIDA SANTOS, A., *Razões de Ser*, ed. Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1994, p.84.

²¹ CHONEN; J.; PALMER, *Stérilité conjugale*; ed. Masson; Paris, 1979, p.183.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

de los nuevos problemas sociales emergentes (falta de tiempo, condición académica, condición financiera, elección de la carrera profesional en primer plano, etc.), un grande porcentaje de las doscientas y cincuenta mil parejas de portugueses son afectados por la infertilidad²².

De hecho, los problemas relacionados con la infertilidad están aumentando en Portugal – alrededor de 15 por ciento (cerca de millón y medio de personas) de las parejas son incapaces de generar un hijo – motivo que les lleva a procurar ayuda por medio de la medicina reproductiva²³.

Conforme a lo descrito anteriormente, es perceptible que la ciencia, desde sus inicios hasta el momento en que nos encontramos, siempre asumió un papel de relevo para la sociedad, aún más cuando empezó dando una contribución decisiva para una mejor calidad de vida, resolviendo los problemas biológicos originados por la naturaleza.

²² Cfr. Ministério da Solidariedade e Segurança Social, Fecundidade e Família, *Presente e Futuro*, Coleção Estudo, II Série, nº 13, 2ª ed., Lisboa, 1994, p.34.

²³ A nivel mundial un en cada seis parejas es infértil, o sea, cuando ya no consigue generar naturalmente un hijo después de 1 o más años de tentativas, sin cualquier método anticoncepcional. Segundo la Organização Mundial da Saúde – OMS, hay en todo el mundo, cerca de 50 a 80 millones de personas que sufren de infertilidad. En <http://www.saudevidaonline.com.br/infertilidade.htm>, consultado el 18/01/2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

No obstante y para concluir, también es notorio que la ciencia avanza a una velocidad vertiginosa, casi asustadora, siendo imposible contestar a las diversas cuestiones sobre sus límites. Con efecto, esta misma evolución científica transmite una idea de que existe una línea muy fina entre lo que es éticamente aceptable y lo que es éticamente condenable, lo que hace con que reflexionemos sobre los medios de reproducción, de sus reales funciones y el impacto/consecuencias sociales y psicológicas.



2. MEDIOS DE REPRODUCCIÓN

*Todo el concepto que el hombre no cambia con su evolución
se convierte en un preconcepto y los preconceptos arrestan las almas
a la roca de la inercia mental y espiritual*

Carlos Bernardo González Pecotche

2.1. Nociones introductorias

El deseo de las parejas de tener hijos a los cuales estén biológicamente vinculados es una de las más antiguas pretensiones del ser humano.

Si durante siglos, la infertilidad era considerada como un destino que se tenía que aceptar con resignación, hoy en día la verdad es que parece una simple contingencia, perfectamente superable, en virtud de las victorias obtenidas por la ciencia²⁴.

Para Passos & Cols, la infertilidad es caracterizada como la no realización de un embarazo, que persiste por un período

²⁴ Cfr. RAPOSO, V., “Lex Medicinæ”, en *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Direitos Reprodutivos, p.112 .

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

superior a un año, mismo que la pareja mantenga relaciones regulares sin el uso de contraceptivos²⁵.

De hecho, los avances tecnológicos a lo largo de los siglos en mucho contribuyeron para contestar a los millares de parejas de intentan vencer el problema de la infertilidad²⁶, como hemos visto más arriba en el punto 1.

De la misma forma, no podemos dejar de mencionar que la infertilidad, bien como la reproducción humana tienen sido observadas por la psicología de la salud, ya que esta ha centrado sus estudios mas allá de la psicología médica, ampliando su intervención en el emocional²⁷ y social del

²⁵Cfr. PASSOS, E.; FREITAS, F.; CUNHA-FILHO, J.; FACIN, A., SERRANO SOUZA, Y.; SALAZAR, C., *Infertilidade: investigação e tratamento*, 2006. F. FREITASr, MENKE, C., RIVOIRE, W. A., PASSOS, E. (Orgs.), *Rotinas em Ginecologia*, 5ª edição, Artmed, Porto Alegre, 2006 , p. 529-541.

²⁶ Para la Associação Portuguesa de Medicina da Reprodução, “define-se com a "incapacidade de um casal conceber ou levar a bom termo uma gravidez, depois de pelo menos um ano de relacionamento sexual regular sem qualquer protecção. É uma situação bastante mais frequente do que se pensa habitualmente, pois cerca de 1 em cada 10 casais tem dificuldade em conseguir o filho que deseja”.

²⁷ António Damásio trabaja la idea de que “sem qualquer excepção, homens e mulheres de todas as idades, de todas as culturas, de todos os graus de instrução e de todos os níveis económicos têm emoções, estão atentos às emoções dos outros, cultivam passatempos que manipulam as suas próprias emoções, e governam as suas vidas, em grande parte, pela procura de uma emoção, a felicidade, e pelo evitar das emoções desagradáveis”. (CFR. DAMÁSIO, A., “O Sentimento de si: O corpo, a emoção e a



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

paciente. Después de todo “ (...) *experienciam dificuldades com a reprodução enfrentam dilemas complexos e desafiadores que, muitas vezes, abalam o núcleo da vida familiar*²⁸. *Embora as novas tecnologias de reprodução sejam métodos modernos e científicos de luta contra a infertilidade, o impacto psicossocial da infertilidade ainda precisa ser muito investigado no sentido de compreender melhor as repercussões dessa experiência (...)*²⁹”.

Paralelamente a este problema, las técnicas de PMA han venido dar respuesta a las parejas que intentan superar el problema del riesgo de transmisión de enfermedades de origen genética, infecciosa entre otras y aun en casos de tratamiento de enfermedad grave.

neurobiologia da consciência”, Publicações Europa América, Mem Martins, 2001, p. 55).

²⁸ Se reserva aquí que, dentro de esa conmoción en el núcleo de la familia mencionado por la autora, emerge actualmente también la polémica sobre el derecho del hijo a saber de qué forma ha venido al mundo y que, además del método utilizado, el mismo puede tener traumas, mucho lejos de su nacimiento, generados por los sentimientos sufridos por el casal o mismo por la madre.

²⁹ Cfr. SPORTORNO MUNIMIS, P.; SILVA MACHADO, I.; LOPES SOBREIRA, R., “Expectativas e sentimentos de mulheres em situação de reprodução medicamente assistida”, *Aletheia* 28, jul./dez. 2008, pp.104-118.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Según Costa Freitas³⁰, especialista en reproducción humana, *“as tecnologias laboratoriais em Reprodução humana Assistida trouxeram, nos últimos dez anos, avanços marcantes que se reflectiram em taxas de sucesso crescente”* permitiendo así que, entre las mujeres de hasta 35 años que sufrían de infertilidad, el índice de niños nacidos por fertilización asistida aumentase de 5% en la década de 70, para los actuales tiempos con 55%.

2.2. Concepto

Antes de proceder a un estudio más profundo del tema “Procreación Médicamente Asistida” (PMA), hay que esclarecer algunas cuestiones previas.

Castro Mendes la define *“como o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a*

³⁰ Cfr. www.clinicadereproduçãohumana.com.br, consultado el 19/01/2011.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

*intervenção do acto sexual*³¹”. Efectivamente, este concepto pone de relieve la ausencia del acto sexual.

Por lo tanto, con base en lo anterior, podemos con cierta exactitud, afirmar que procreación médicamente asistida será un conjunto de técnicas usadas, supervisionadas y promovidas por una entidad competente para hacerlo y con recursos técnicos y profesionales calificados para ejercer y aplicar las técnicas en cuestión.

Particularmente, creemos que es necesario evidenciar esta última característica, porque no podemos calificar como PMA las concepciones fuera de centros especialmente reconocidos y preparados para el efecto.

2.3. Medios de Reproducción Humana

³¹CASTRO, M./TEIXEIRA SOUSA, “Direito da Família”, AAFDL, Lisboa, 1990/91, p.235.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Veamos detenidamente en qué consisten cada una de las técnicas de reproducción humana, así como la respectiva efectividad en obtener un embarazo.

✚ La inseminación Artificial (IA) es la técnica científica mas antigua, de las más simples y menos peligrosas - sin recurso a copula, si no que consiste en la simple introducción de semen (alrededor de 37°C) en los órganos reproductores de la mujer; después de determinar el momento de la ovulación de la mujer (ovulación que puede ser natural o inducida), esta es inseminada con esperma (que merece un tratamiento previo en laboratorio) del marido, compañero o de un donante. Existen dos tipos de IA, según el origen del esperma utilizado: si proviene del marido o compañero de la mujer, se designa homologa; pero si el esperma pertenece a un donante anónimo se llama heterologa, la IA puede hacerse a través de semen congelado, que puede mantenerse inalterado durante cerca de veinte años.

✚ La fecundación *in Vitro* con Transferencia de Embriones (FIVETE) ³², es uno de los métodos de fecundación extra corporal, o sea, el proceso de fertilización

³² Los niños concebidos por esta técnica son conocidos por “bebés proveta”.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

no ocurre en el interior del cuerpo de la mujer, pero antes dentro de un tubo de ensayo o en una Placa de Petri³³. Se inicia el proceso con una hiperestimulación de los ovarios de la mujer, con el fin de extraer una serie de ovocitos. Los folículos ováricos son entonces capturados por aspiración a través de la vía endovaginal³⁴ (puede también ser realizada por laparoscopia³⁵) y posteriormente preparados en laboratorio; una vez completamente maduros, se realiza su fecundación – los embriones son transferidos para la cavidad uterina a través del cuello uterino de la mujer, donde supuestamente apenas uno vengará – a este proceso se designa Transferencia de Embriones (TE)³⁶. Esta técnica es normalmente utilizada en mujeres que no pueden mantener el feto hasta el final de su embarazo. Sucede que esta técnica plantea problemas de grande complejidad en

³³ “Caixa de vidro ou matéria plástica utilizada em bacterologia para as culturas em meios sólidos” cfr. *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*, Vol. 19, Nova Cultural, São Paulo, 1998.

³⁴ Esta técnica de aspiración fue por mucho tiempo, realizada con anestesia general, con la introducción de una aguja longa y a través de intervención quirúrgica. Sin embargo, actualmente, este procedimiento es efectuado de una forma más suave, por medio de una anestesia controlada de bajo índice, entre la anestesia general y local, no sendo necesario el recurso a la intervención quirúrgica.

³⁵ “Na laparoscopia, é feita uma pequena incisão no umbigo e é introduzido um telescópio fino (laparoscópio), que é um instrumento de fibra óptica que permite realizar procedimentos diagnósticos e terapêuticos”, en www.biologia-ap.no.comunidades.net, consultado el 17/01/2011.

³⁶ En <http://www.apfertilidade.org>; <http://www.abdelmassih.com.br>;



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

términos de la ley bioética, especialmente la cuestión relacionada con los embriones sobrantes – cuestión que, a pesar de su importancia, no será objetivo de estudio en este trabajo. La tasa de éxito varía entre 20 a 30 por ciento, en mujeres hasta 35 años de edad, siendo de 15 por ciento en mujeres con edad superior a 40 años³⁷.

✚ En la Transferencia Intrafalopiana de Gametos o Transferencia Intratubarica de Gametos, mas conocida en la comunidad científica como GIFT³⁸, el proceso de fecundación, como en la Inseminación Artificial, ocurre dentro del organismo humano. En esta técnica, el procedimiento consiste en la extracción de ovocitos con una finísima aguja y se realiza la colecta de los espermatozoides del donante, siendo ambos tratados y separados en laboratorio y transferidos para la Trompa de Falopio, donde el proceso de fecundación ocurre de forma natural (contrariamente a las otras técnicas). Este método ha sido idealizado por Ricardo Ash, médico argentino y presenta como ventaja el hecho de que la transferencia de gametos ocurra en su lugar fisiológico, donde existen condiciones de nutrición y transporte, tanto para los gametos como para el

³⁷En www.biologia-ap.no.comunidades.net, consultado en 18/01/2011.

³⁸ Gamete Intrafallopian Transfer

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

embrión recién fertilizado³⁹. Sin embargo, tiene como fragilidad no solo la reducida tasa de éxito, pero también la posibilidad de originar gemelos (lo que efectivamente podrá comprometer que los embriones venguen o nazcan saludables). Esta técnica se hace, solamente, en media hora. Contrariamente a la fecundación *in Vitro*, condenada por la Iglesia, la GIFT tiene mejor aceptación por aquella institución, ya que la fecundación es realizada *in vivo* y no *in Vitro*, o sea, ocurre dentro del cuerpo humano, diferentemente del segundo caso, que ocurre fuera del mismo.

✚ En la Transferencia Intrafalopiana o Intratubarica de Zigotos (ZIFT)⁴⁰, los cigotos (fase previa del embrión), ya fertilizados en laboratorio y obtenidos por fecundación *in Vitro*, son transferidos para la Trompa de Falopio. Esta técnica es similar al GIFT, pero tiene una diferencia – en la primera se introduce el cigoto (ya fertilizado) en la Trompa de Falopio y en la segunda se aguarda la fecundación del embrión *in vivo*. Este método tiene una reducida tasa de éxito, no siendo por eso una de las técnicas mas utilizadas.

³⁹Cfr. LOPES CORDEIRO, A., A problemática da procriação medicamente assistida face ao ordenamento jurídico português e brasileiro, UNFIDL, 2001/2002.

⁴⁰ Zygote Intrafallopian Transfer

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

✚ Al igual que la ZIFT, el método de Transferencia Tubarica de Embriones (TET), el embrión es transferido también para la Trompa de Falopio. Tanto la ZIFT como la TET comportan una etapa de inseminación *in Vitro* de ovocitos similar a la FIVETE, distinguiéndose de esta última porque la transferencia de los productos de la concepción es efectuada para la Trompa de Falopio y no para el útero⁴¹. Ambas, ZIFT y TET, son bastante semejantes, siendo que se pueden distinguir porque, de una para la otra, existe una saturación del cigoto para el embrión.

✚ La inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ISCI)⁴² consiste en la obtención de un embrión a través de la introducción artificial de uno espermatozoide en el interior del ovocito, más precisamente en el citoplasma del ovocito⁴³, siendo después el embrión implementado y transferido para el útero. Esta técnica es de las más utilizadas actualmente, siendo muy recomendada casos de infertilidad masculina o cuando la cantidad de

⁴¹Cfr. DUARTE PINHEIRO, J., “Procriação Medicamente Assistida” en <http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/procria%C3%A7%C3%A3o%20medicamente%20assistida.pdf>, consultado en 21/01/2011.

⁴² Intracytoplasmatic Sperm Injection;

⁴³ Op.Cit. DUARTE PINHEIRO, J., “Procriação Medicamente ...” en <http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/procria%C3%A7%C3%A3o%20medicamente%20assistida.pdf>



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

espermatozoides es nula. Siendo una técnica reciente – fue experimentada en 1991 en un laboratorio belga – presenta una tasa de éxito que llega a los 50 por ciento en mujeres con edad inferior a los 35 años⁴⁴. Una de las críticas apuntadas a este procedimiento, como a la FIVETE, se centra en el hecho de que los seres concebidos a partir de este método, pueden llegar a presentar algunas anomalías físicas y mentales.

✚ La Disecación Parcial de la Zona Pelucida Ovocitaria⁴⁵ (PZD), ha sido la primera técnica de micro manipulación usada, siendo, todavía, en los días de hoy, prácticamente abandonada. Se procuraba estimular o optimizar la penetración del espermatozoide en la zona subzonal (como la propia PZD indica). Para tal, se recurría a agentes físicos o químicos (drillings), los cuales irían abrir un orificio en la zona pelucida.

✚ En la Inseminación Subzonal⁴⁶ (SUZI), en la práctica, se depositan 5 a 10 gametos masculinos

⁴⁴Cfr. <http://www.biologia-ap.no.comunidades.net/index.php?pagina=1113812620>, consultado en 18/01/2011.

⁴⁵ Partial Zona Dissection

⁴⁶ Sub-zonal Insemination

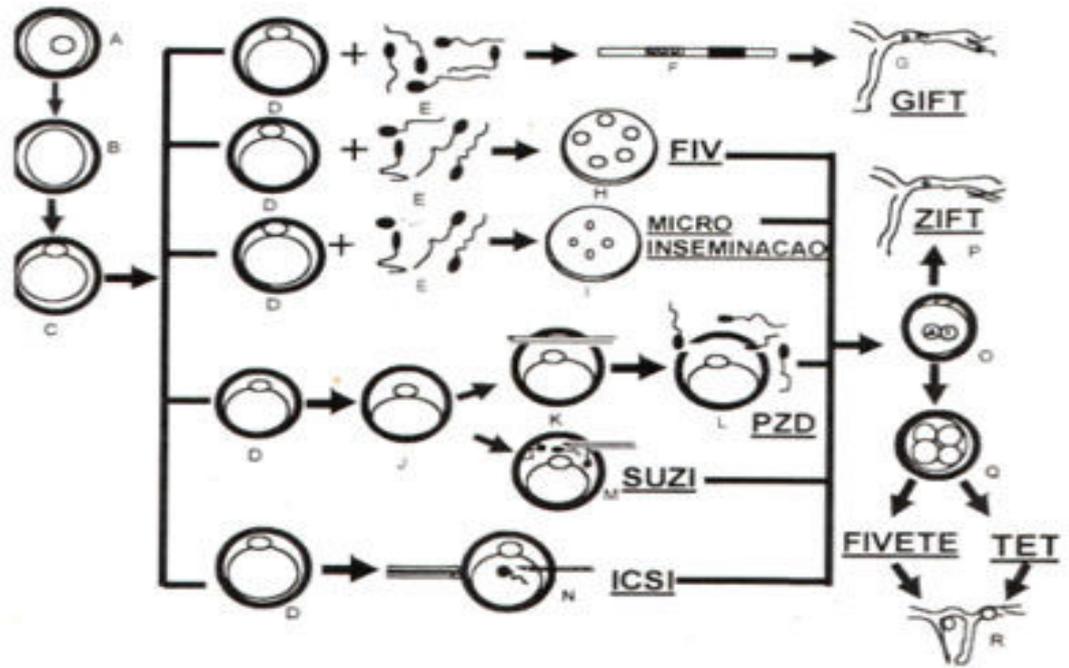
*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

directamente en el espacio subzonal expandido artificialmente, por retracción del citoplasma.

Para ilustrar mejor las técnicas anteriormente mencionadas, proponemos un esquema con las técnicas de laboratorio de Reproducción Humana Asistida⁴⁷.

⁴⁷ Ilustração www.proembryo.com/portugues/medico/tecnicas_rla.aspx , consultado en 17/01/2010.

Técnicas laboratoriais em Reprodução Assistida



2.4. Procreación Médicamente Asistida

Jorge Pinheiro explicita que, en el Acto Uniforme de Filiación Norte-americano, la procreación médicamente asistida



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

(PMA) es definida como “*método de causar gravidez sem ser através do coito*”⁴⁸.

Para el mismo autor, dentro de la misma vertiente, sob outra perspectiva:

*“ (...) os processos de procriação assexuada são aqueles que podem ser efectuados com o recurso apenas a um componente genético, que tanto pode ser proveniente de uma pessoa do sexo feminino como do sexo masculino(...) quando um casal se submete a uma das técnicas de procriação medicamente assistida sexuada, é comum distinguir em razão da proveniência das células reprodutoras(...)”*⁴⁹.

Así siendo, pasamos a identificar la procreación sexuada con recurso a una doble componente genética – unión de

⁴⁸ Cfr.artigo I, secção 104, nº 2, del Uniform Parentage Act (“Assisted reproduction means a method of causing pregnancy other than sexual intercourse”). El Uniform Parentage Act ha sido elaborado por la National Conference of Comissoioners on Uniform State Laws, que también aprobó en 2000, con el objetivo de conseguir una aproximación de las legislaciones de los varios Estados federados norte-americanos cuanto al establecimiento de la filiación. El documento sufrió su última alteración en 2002 y fue aprobado por la American Bar Association en 2003, consultado en www.law.uppen.edu/bll/ulc_frame.htm.

⁴⁹ Cfr. Relatório Anexo al parecer 44/CNECV/04, de julho de 2004, nº 13., elaborado por el Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida (CNECV), consultado en www.cneqv.gov.pt, 17/01/2010.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

gametos femeninos con gametos masculinos, respectivamente ovulo y espermatozoide.

En resumen, como hemos visto en detalle anteriormente, la Procreación Médicamente Asistida engloba las siguientes técnicas:

- ✚ Inseminación Artificial (IA);
- ✚ Fertilización *in Vitro* con transferencia de embriones para el útero (FIVETE);
- ✚ Transferencia Intratubárica de gametos (GIFT);
- ✚ Transferencia Intratubárica de Zigotos (ZIFT);
- ✚ Transferencia Intratubárica de Embriones (TET);
- ✚ Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). A propósito de esto, podremos aun invocar otras técnicas como la Disecación Parcial de la Zona Pelúcida Ovocitaria (PZD) o Inseminación Subzonal (SUZI). Como hemos visto, aquella consiste en la disminución de la espesura del ovulo, a fin de facilitar la penetración del mismo, esta consiste ya en la inyección de espermatozoides en una de las capas del ovulo⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. Relatório Anexo al Parecer 44/CNECV/04 de Julho de 2004. Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida (CNECV).



2.5. PMA – Homologa e Heterologa

Las técnicas de Procreación Médicamente Asistida pueden ser practicadas con el recurso a dos vías distintas: una primera designada homologa, según la cual se recurre exclusivamente al material biológico de la pareja candidata al proyecto de paternidad; y una segunda, designada heterologa, cuyos recursos advienen de un tercero, esto es, del material biológico de otro individuo exterior a la pareja.

También podemos hacer dos distinciones de la procreación heterologa: es total, caso el embrión advenga de un tercer, ajeno a la pareja (siendo la participación genética de la pareja reducida a cero) y, parcial, si apenas uno de los elementos de la pareja candidata, femenino o masculino, contribuir con sus gametos (tendremos aquí una contribución genética de 50%).

La forma homologa de producción ha tenido buena aceptación por parte de la sociedad, no siendo motivo de controversia significativa. Lo mismo no ocurre con la procreación heterologa que, precisamente por tener elementos



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

fuera de la pareja candidata, causara mayor perplejidad, encontrando resistencia en el campo del derecho de la familia y de la bioética, además de los evidentes obstáculos sociales, morales y religiosos.

Las opiniones están divididas y muchos afirman que la PMA no debería ser acepte ni tan poco existir, porque se convierte en una obstinación terapéutica y no soluciona médicamente el problema de esterilidad de la pareja.

Por lo tanto, en la misma línea, tenemos la Inseminación Artificial (IA) homologa o la llamada “auto-inseminación” – una vez retirado el semen del marido o compañero, son preservadas las informaciones genéticas de este y se procede después a la introducción del semen preservado en el tracto reproductor femenino. En el contexto de la literatura medica, la inseminación homologa es indicada para la resolución de problemas de uno de los miembros de la pareja en el caso de, por ejemplo, oligospermia (reducido numero de espermatozoides movilidad reducida de estos) o retro eyaculación (retención de esperma en la vejiga) o problemas relacionados con el muco cervical, etc.

La inseminación heterologa o la llamada “hetero-inseminación”, se distingue por cuanto en esta hay intervención



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

de un tercero, o sea, la inseminación se hace con semen de este tercero donante. De hecho, esta práctica es ejercida, por ejemplo, caso el espermatozoides del elemento masculino de la pareja candidata no retenga la cantidad necesaria exigida para procrear; es aun utilizada cuando este elemento es portador de alguna enfermedad y/o anomalía genética que sea o tenga grande probabilidades de ser transmisible al recién nacido.

Podremos entonces acrecentar una subdivisión, consonante los gametos no provengan de ninguno de los miembros de la pareja – totalmente heterologa – o provenga de uno de ellos – parcialmente heterologa.

La inseminación heterologa, desde luego, plantea una serie de cuestiones, entre las cuales el recurso a esta técnica sin el consentimiento del marido. Podrá, hacerlo, ya que se trata de un acto individual que necesita apenas de un consentimiento (el de la mujer), todavía las lógicas consecuencias de ese acto implican que el código civil “proteja” el marido o compañero, permitiendo que este pueda no ser considerado padre en el plano jurídico portugués – sin embargo, con su consentimiento se le imputa la paternidad (art. 1839, n° 3⁵¹ Código Civil Portugués).

⁵¹ “1839º/3 – Fundamento e legitimidade –

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Relativamente a este tema de la inseminación heteróloga, se coloca el problema de la donación de los gametos ya la cuestión de la paternidad, esto es la separación entre las figuras de progenitor biológico e del padre jurídico. Esta práctica es de las que más plantea polémicas contiendas en el plano ético, jurídico y religioso siendo, por eso, merecedora de especial tutela.

Otra apreciación negativa apuntada a esta técnica es el hecho de la misma no representar cualquier tratamiento para el proceso de infertilidad, siendo antes utilizada por varias equipas como una solución “más fácil” y evitando naturalmente, la necesidad de un estudio más serio sobre las causas de la infertilidad⁵².

Explorando un poco más la idea del autor arriba mencionado, podemos asociar a este pensamiento la idea de que estamos delante de una sociedad tendenciosa, ya que las

3. No es permitida la impugnación de la paternidad con el fundamento en inseminación artificial al cónyuge que en ella consintió.”

⁵² Aun sobre esta opinión, MALTA, J., “Procriação Medicamente Assistida Heteróloga” in *Estudos do Direito da Bioética*, vol III, explicita que, al referirse a las equipas engloba ampliamente la academia científica, equipas médicas y/o investigadores que al revés de buscar la cura de la infertilidad, canalizan las inversiones en nuevos procesos que acaban por generar nuevos problemas.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

inversiones visan crear nuevas técnicas tiendo la fertilidad como objetivo. Nos parece contradictorio y surge inmediatamente la idea de que tantas inversiones son realizadas para los métodos artificiales, siendo cierto que podrían ser aplicadas en lograr suceso en las formas naturales.

Siguiendo el mismo razonamiento, uno se cuestiona ¿si el enorme aumento de las clínicas privadas destinadas a la práctica de la Procreación Médicamente Asistida valdrá la pena, es decir, serán efectivas?⁵³

Segundo el professor Mouzon⁵⁴ y su equipo de investigadores, en investigaciones realizadas en 2001, han comprobado que nacen en todo el mundo 246 mil niños por año por medio de los métodos de PMA. De acuerdo también con estas pesquisas, los números son alarmantes por la creciente procura de los tratamientos (este ha sido un levantamiento hecho en 1.563 clínicas, en 53 países⁵⁵).

⁵³ Ya que, por ejemplo, Portugal es uno de los países europeos con mayor número de estas clínicas, veinte y ocho, y más dificultad en obtener éxito en la fecundación, al paso que la Bélgica solamente tiene nueve, pero con elevadas tasas de éxito.

⁵⁴ Jacques de Mouzon es miembro del Instituto Nacional de la Salud y de la Pesquisa Médica (Inserm), en Francia, y coordinador del Comité Internacional para el Seguimiento de Tecnologías de Reproducción Asistida.

⁵⁵ “The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology's (ICMART) Eighth World Report analyzes assisted reproductive



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Geográficamente, Portugal presenta el siguiente mapa con la distribución de las clínicas de tratamientos de fertilidad y Centros de Procreación Médicamente Asistida⁵⁶:

technology (ART) practice and results for the year 2002 from 53 countries by type of ART, women's age, number of embryos transferred and multiple births. Over 601 243 initiated cycles resulted in a delivery rate (DR) per aspiration of 22.4% for conventional IVF, 21.2% for ICSI and a DR per transfer of 15.3% for frozen embryo transfer. For conventional IVF and ICSI, there was an overall twin rate of 25.7% per delivery and a triplet rate of 2.5%. The number of babies born worldwide through ART in 2002 was estimated to range between 219 000 and 246 000. There were wide variations in availability, DRs and multiple birth rates across the countries. Compared with the previous report (year 2000), there was a large increase in the number of cycles and a slight increase in the DR. There was a marginal decline in the mean number of embryos transferred and in the multiple DRs”, in *World Collaborative Report on Assisted Reproductive Technology, 2002* <http://humrep.oxfordjournals.org/content/24/9/2310.full>, consultado en 19/01/2011.

⁵⁶ Ilustración basada en el mapa geográfico portugués de la Sociedad Portuguesa de la Medicina de Reproducción, disponible en <http://www.spmr.pt/clinicasinfertilidade.aspx>, consultado no día 25/01/2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*



Actualmente, en solamente uno de los CPMA's en Portugal, se pretende, apenas para el año de 2011, la realización de 600 ciclos de tratamiento contra la infertilidad. Según la responsable del Centro de Procreación Médicamente Asistida de la Maternidad Júlio Dinis, en la ciudad de Oporto, Joana Guimarães,

" (...) a grande proposta para 2011 é chegarmos aos 600 ciclos de tratamento de infertilidade, mas como estamos



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

*condicionados por algumas restrições orçamentais teremos de aguardar as decisões do Conselho de Administração(...)*⁵⁷.

Es importante resaltar que el nuevo Centro de tratamiento contra la infertilidad hace parte de la estrategia del Ministerio de la Salud, que tiene como meta tratar los casos de PMA en unidades de salud pública. El servicio también hará tratamientos en parejas residentes de otras áreas del territorio portugués, más allá de la capital; este Centro también se encuentra en Oporto, como se muestra en la tabla anterior.

De esta manera y analizando los datos descritos hasta ahora se ejecuta, en parte, el artículo décimo sexto, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁸, que dice:

“(...) Desde la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casar y de constituir familia, sin restricción alguna

⁵⁷ En entrevista a la Lusa, GUIMARÃES, J., afirmo también que “ em 2010, cerca de 250 casais fizeram tratamentos no centro de procriação medicamente assistida da maternidade Júlio Dinis, mas a infertilidade "envolve muitos outros tratamentos e que este primeiro ano de actividade ultrapassámos as duas mil primeiras consultas, o que significa que muitos casais foram estudados e engravidaram com tratamentos mais simples". Consultada en http://economico.sapo.pt/noticias/cortes-orcamentais-podem-afectar-tratamentos-de-infertilidade_109274.html, dia 22/01/2011.

⁵⁸ Diário da República Electrónico, disponible en <http://dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>, consultado no día 23/01/2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

de raza, nacionalidad o religión (...). La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho la protección de esta y del Estado”.

El problema más evidente es la esterilidad. Como sabemos, esta es una enfermedad que afecta cada vez a más parejas. Lo que se supone ser un proceso natural que de origen a una nueva vida humana podrá ser un problema asombroso que tiene su origen en variadas situaciones como la esterilidad, infertilidad, impotencia o otros. Aparentemente, estos conceptos hacen referencia a muy distintas situaciones, pero confluyen en un mismo hecho que es la imposibilidad de tener hijos⁵⁹.

No son exactos los números, pero puede decirse que el 40% de las veces, la imposibilidad de tener descendencia es debida a problemas de ambos cónyuges; el 60% restante puede ser dividido en un 30% de casos en los que se encuentran

⁵⁹ Para clarificar, el término esterilidad se utiliza en variadas circunstancias, para designar la incapacidad de concebir. Tal utilización de términos puede observarse, por ejemplo en SÁNCHEZ CORRAL, F., “Estudio básico de la esterilidad” en *Protocolo nº 74 de la Sociedad Española de Ginecología y obstetricia*, Madrid, 1996, p.1; ROMEU SARRIÓ, A.; BOSH BASTIDA, E.; ROMAGUERA TORREGOSA, R.; “Infertilidad” en *Protocolo nº 75 de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, Madrid, 1996, p.1.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

problemas en la mujer y un 30 - 36% en los que el problema se debe a factores masculinos⁶⁰.

Efectivamente, podremos explicar ese fenómeno, recurriendo a variadas causas, entre las cuales se puede mencionar el cambio de estilos de vida, alimentación, estrés, la incorporación de la mujer al trabajo, etc.

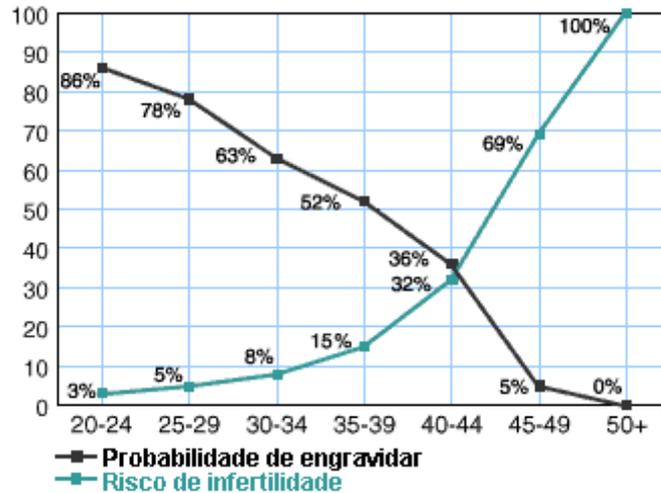
El siguiente gráfico evidencia la quiebra de la fertilidad, en virtud de la edad, en mujeres que no sean portadoras de cualquier problema específico de infertilidad.

⁶⁰ Haciendo un paréntesis y clarificando un poco más la situación, otro estudio – del XXVI Congreso Nacional de la Sociedad Española de Fertilidad - la infertilidad aumentó alarmantemente en los últimos diez años. Hoy, entre un 15 y un 18% de las parejas españolas no son fértiles y parece que encima la cosa va a más, ya que el problema está estrechamente ligado al estilo de vida actual. El hecho de que las parejas esperen cada vez más tiempo para ser padres es la causa principal dado que las probabilidades de embarazo descienden con la edad. También se dieron a conocer las causas de la esterilidad. En la mitad de los casos es de origen masculino (falta o escaso número de espermatozoides, la baja movilidad de los mismos o el porcentaje alto de espermatozoides anormales), sólo el 22,3% de origen femenino (disminución de la reserva ovárica, endometriosis o obstrucción tubaria), un 16,7% corresponderían a causas mixtas y un 14% a causas desconocidas. Como puede comprobarse, los estudios aunque evidencian diferentes números, parece evidente que la tasa de infertilidad aumentó significativamente y que afecta más el sexo masculino, en XXVI Congreso Nacional de la Sociedad Española de Fertilidad, 3ª Reunión Ibero Americana, Zaragoza, 31 de mayo – 2 de junio de 2006, consultado en: http://nuevo.sefertilidad.com/descargas/programa_final.pdf el 20-12-09.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Tabla 1: Tasa de fertilidad en un año



Fuente: Management of the Infertile Woman, de Helen A. Carcio, e The Fertility Sourcebook, de M. Sara Rosenthal.

A su vez, en el siguiente gráfico se enfoca el resultado obtenido en los tratamientos realizados por los usuarios que rellenaron un cuestionario.

Los datos deben tomarse como una referencia simplemente orientativa y cuya fecha del análisis se refiere a Enero de 2006, pero podremos tener una panorámica de los éxitos y fracasos de las varias TRA, así como los métodos naturales.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

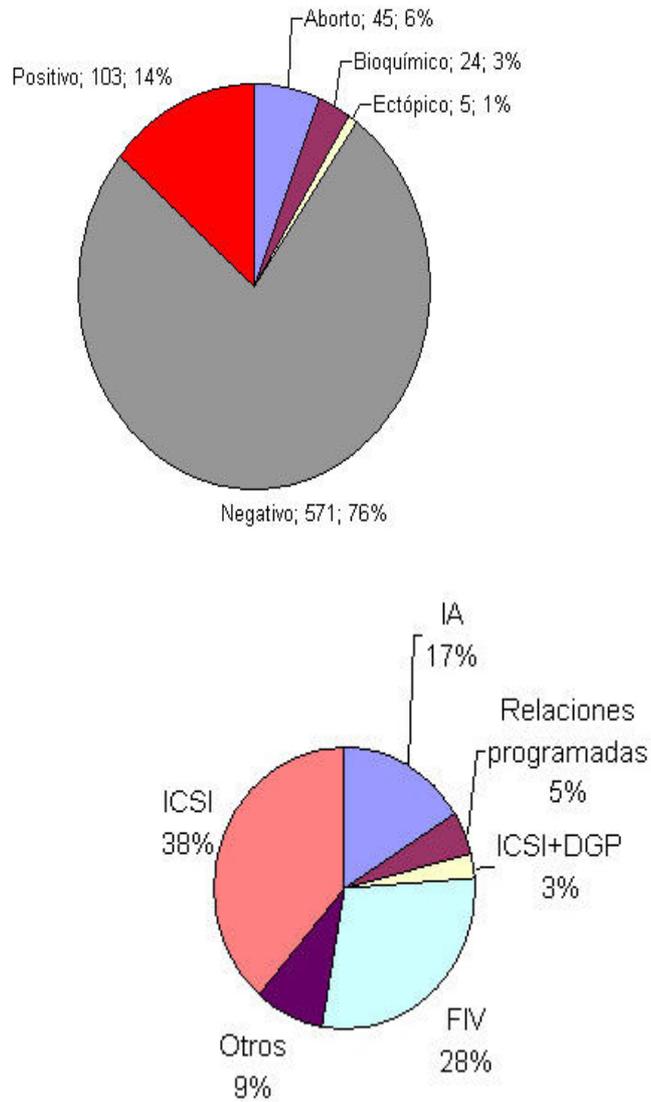
Antes de presentar los gráficos, hay que decir que aunque el semen español está entre los peores de Europa, es de los más efectivos para lograr embarazo. Conscientes de esta necesidad y apoyados por la compensación económica que reciben a cambio de las molestias, cada vez son más los chicos y chicas jóvenes que donan su esperma y sus ovocitos para ayudar a quienes no pueden engendrar un hijo⁶¹.

⁶¹ Así, por ejemplo, sólo en 2008, el Instituto Valenciano de Infertilidad realizó 21 046 tratamientos de reproducción asistida en España. Sólo la sede madrileña se encargó de 4557 casos y “apadrinó” 1315 nacimientos. Segundo datos consultados en http://www.elconfidencial.com/cache/2009/03/05/salud_79_pesar_crisis_tratamientos_reproduccion_asistida_crecen_espana.html, en 26-05-2009.



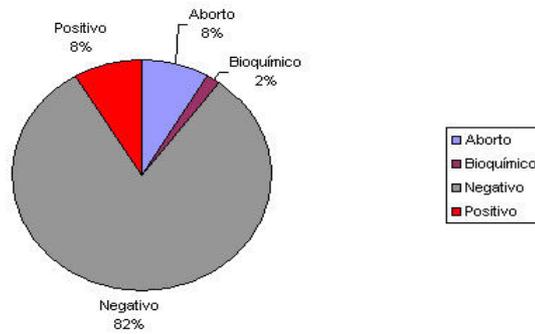
*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Tabla 2 - Embarazos por tratamiento

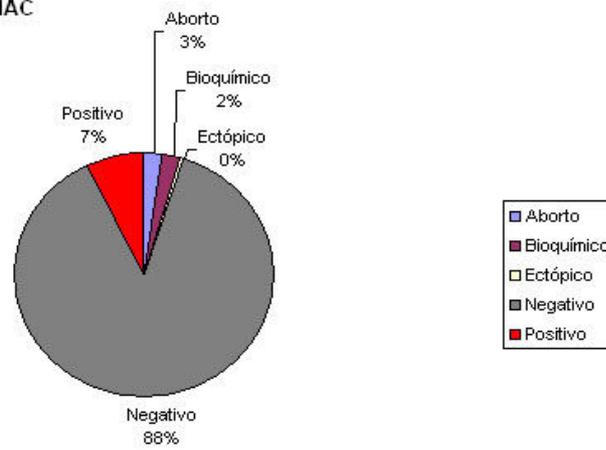


Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico

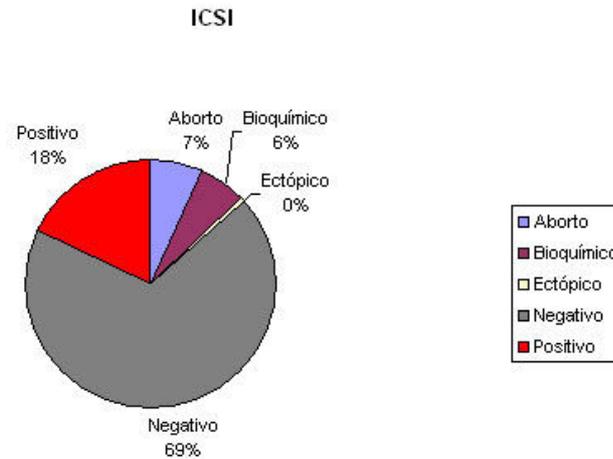
RELACIONES PROGRAMADAS



IAD / IAC



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*



2.6. La Bioética y los Medios de Reproducción dentro del contexto familiar

Nuestra mirada no es ingenua o idealista y no podíamos cerrar este capítulo sin hacer una breve referencia a la bioética en los medios de reproducción humana y las grandes problemáticas a ella asociada.

A lo largo de la historia y del desarrollo del hombre, la genética, los medios de reproducción y la bioética se cruzan, ya

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

que los procesos biotecnológicos exponen y traen implicaciones a la sociedad, la cual pasa a necesitar que haya el compromiso en defender el hombre contra las posibles prácticas abusivas.

De hecho, esos procesos biotecnológicos, de la misma forma que benefician la sociedad, necesitan que les sean impuestos límites, a fin de no violaren los derechos básicos del individuo.

Como hemos visto anteriormente, la sociedad ha cambiado, evolucionado y con ella innúmeras alteraciones se fueron evidenciando, sobretodo respecto a la familia y a los problemas sociales modernos que la afectaron directamente.

Creemos que la opción de tener hijos, hoy, es un sentimiento de amor predispuesto. Todavía, al revés, en las sociedades anteriores al siglo XXI, era una obligación social ya que la familia que no los tenía sería vista como problemática y desviante. También de acuerdo con la idea patriarcal del siglo XIX la creación de familia se basaba en la necesidad de tener hijos, asegurando el poder de reproducción⁶².

⁶² La Institución Familia Patriarcal del siglo XIX era la fundación de la sociedad y tenía varios papeles, entre ellos de la procreación, valorizando así la continuación familiar y del nombre. La familia debería ser preservada a cualquier precio y tener hijos sería, por eso, pieza social fundamental.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Para la Iglesia Católica⁶³,

“The Catholic Church opposes traditional and gestational surrogacy primarily because it offends against the dignity of the child, the uniqueness of the mother-child relationship, and the sanctity of marriage. It also treats women and children as commodities. Some theologians oppose embryo adoption on the grounds that it is a form of surrogacy. A surrogacy arrangement involves the planned separation of the child from its birth mother soon after birth. The separation of a child from its birth mother is never a desirable situation. It

⁶³ El Centro de Bioética Neozelandés evidencia la perspectiva de la Iglesia Católica – “A surrogacy arrangement involves the planned separation of the child from its birth mother soon after birth. The separation of a child from its birth mother is never a desirable situation. It occurs in adoption, but in that situation it is carried out for the good of the child. In a surrogacy situation the separation occurs to fulfil the desires of adults rather than to meet the needs of the child. Conception, gestation, birth and nurturing are part of a continuum of relationship. Child and parents grow into relationship together, with that relationship ultimately lasting a lifetime. The relationship is genetic, gestational and nurturing, with all facets of the relationship interacting to produce the child-parent bond. Surrogacy fractures that continuum of relationship, introducing at least two, if not three, "mothers", and more than one set of parents. This is done to meet adult needs, not for the good of the child. According primacy to adult needs over those of the child is at the heart of the Church's opposition to traditional and gestational surrogacy. Women bearing children for others are often vulnerable due to disparities of power and resources between them and those seeking their assistance as surrogates. Commercial surrogacy compounds the indignity for the mother and the child, as it turns both the child and the reproductive capacity of women into commodities”, en <http://www.nathaniel.org.nz/?sid=35> , consultada en 31/01/2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

occurs in adoption, but in that situation it is carried out for the good of the child. In a surrogacy situation the separation occurs to fulfil the desires of adults rather than to meet the needs of the child. Conception, gestation, birth and nurturing are part of a continuum of relationship. Child and parents grow into relationship together, with that relationship ultimately lasting a lifetime. The relationship is genetic, gestational and nurturing, with all facets of the relationship interacting to produce the child-parent bond. Surrogacy fractures that continuum of relationship, introducing at least two, if not three, "mothers", and more than one set of parents. This is done to meet adult needs, not for the good of the child. According primacy to adult needs over those of the child is at the heart of the Church's opposition to traditional and gestational surrogacy. Women bearing children for others are often vulnerable due to disparities of power and resources between them and those seeking their assistance as surrogates. Commercial surrogacy compounds the indignity for the mother and the child, as it turns both the child and the reproductive capacity of women into commodities."

Ampliando el pensamiento acerca de la cuestión por parte de la Iglesia Católica, nos causa una cierta extrañeza teniendo en cuenta que la argumentación de la Iglesia se basa en la dignidad del niño, ya que éste es separado de su madre al



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

nacer es decir, las técnicas no son en su beneficio, pero en beneficio de los padres receptores. De la misma manera que tanto la madre de alquiler como el niño son tratados como mercadería.

Antecipando un poco el tema específico de la tesis – la maternidad por sustitución – pensamos que la Iglesia Católica, al considerar la maternidad de sustitución como un proceso que enflaquece la dignidad del niño, por tratarlo como mercancía, se olvida de considerar la existencia de que hay muchos hijos abandonados para la adopción y que así se encuentran por diversas razones.

Una de las mayores sorpresas tiene que ver con el hecho de que la Iglesia Católica no tenga en consideración el verdadero abandono de los niños, dado que tantos niños también se separan de sus madres.

¿En que argumentos se aferra para afirmar que no es una situación deseable cuando madre e hijo se separan? Después de todo, ¿que es deseable? ¿Será que es preferible un bebe abandonado, en casos no tan poco frecuentes, en cubos de basura?



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

O, será que el deseo de tener un hijo, de querer recibirlo/amarlo, ¿no es motivo suficiente para motivar la búsqueda de argumentos que van al encuentro de eso?

¿En qué momento el deseo de tener un hijo, vía maternidad de sustitución, enflaquece el proceso continuo de la relación?

¿Es la concepción biológica la única a favor de una continuidad de la relación padres/hijos?

¿Es la concepción biológica la única que da derecho a la pareja en dividir el amor por los hijos que van a tener?

Efectivamente, pensamos que lo que deberá ser relevante es, única y exclusivamente, el bien superior del niño que pasa a ser fruto de la propia familia, que se constituye por el amor, que la desea, acepta y que no tiene en cuenta esa idea fría defendida por muchos como el deseo consumista de los padres. Son más el deseo y el amor por el prójimo, por el individuo que está llegando y por la continuación de la vida, los factores determinantes en aceptar la figura de la maternidad de sustitución.

Entre muchos otros aspectos, surge la bioética con la idea que el hombre, al mismo tiempo que tiene sus derechos asegurados:



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- necesita de no ser comprometido con sus deberes y derechos básicos de preservación del patrimonio exclusivamente genético;
- necesita de ver respectada su dignidad asegurada también por el deseo amoroso de concretizar su vida dentro de los parámetros del amor al prójimo, sea en que perspectiva sea...

Como hemos visto, hay diversas soluciones para la infertilidad y en este mismo prisma, existen diversos medios artificiales que posibilitan la realización del sueño de tener hijos. Para ello, la ciencia evolucionó y ha amenizado el sufrimiento de diversas parejas.

Paralelamente al desarrollo científico y a las alteraciones sociales, la bioética se avista como necesaria, una vez que orienta ética y moralmente la biología y la ingeniería genética.

Por lo expuesto, cabe señalar que la bioética puede ser dividida en dos ramas:



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- Bioética General: que apela al respecto de los valores y principios que implican la ética médica;
- Bioética Especial: partiendo de la bioética general, se centra específicamente en los grandes problemas médicos y biológicos.

Entre los varios conceptos encontrados sobre la Bioética y sus definiciones, hay que destacar el de Ladrière que mejor la define⁶⁴ y que creemos pertinente:

“La Bioética, de la manera como hoy se presenta, no es ni un saber (mismo si incluye aspectos cognitivos), ni una forma particular de expertise (mismo si incluye experiencia y intervención) ni una deontología (mismo si incluye aspectos normativos). Se trata de una práctica racional muy específica que pone en movimiento, al mismo tiempo, un saber, una experiencia y una competencia normativa, en un contexto particular del actuar que es definido por el prefijo “bio”. Podríamos caracterizarla mejor diciendo que es una instancia de juicio, pero indicando que se trata de un juicio práctico, que actúa en circunstancias concretas y al cual se atribuye una finalidad práctica a través de variadas formas de institucionalización. Así, la bioética

⁶⁴Cfr. LADRIÈRE, J., “Del sentido de la bioética” en *Acta Bioethica* n°2, Organización Panamericana de la Salud, Santiago de Chile, 2000, pp. 201-202.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

constituye una práctica de segunda orden, que opera sobre las prácticas de primera orden, en contacto directo con las determinaciones concretas de la acción en el ámbito de las bases biológicas de la existencia”.

La Bioética se basa en cinco principios vitales⁶⁵ que son importantes mencionar, si se considera que pueden influir en muchas de las opciones legislativas a propósito del tema. Son:

1. Principio de la autonomía: el cual impone al profesional respeto por la voluntad, respeto por las creencias, respeto por los valores morales del sujeto, reconociendo el dominio del paciente sobre su propia vida y el respeto a su intimidad. Este principio genera diversas discusiones sobre los límites morales de la eutanasia, aborto, etc. También requiere definiciones relativas a la autonomía, cuando la capacidad de decisión del sujeto (o paciente) se encuentra comprometida – grupos considerados vulnerables o mismo incapaces, como es el caso de poblaciones especiales, como menores de edad, minorías étnicas, personas con problemas mentales, pacientes con dolor, militares, etc. Concretamente en la ética en pesquisa,

⁶⁵Profesora Dr^a. Lais Záu Serpa de Araújo, de la Universidad Estadual de Ciencias de la Salud de Alagoas, en <http://www.maciell.med.br/mestrado/Aulas/Bioetica%20Lais%20%2024%20a%2026%20de%2008%202006/Aulas/Aula%2003%20Principios%20da%20Bioetica.pdf>, consultado en 28/01/2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

imperera el principio del “consentimiento libre y esclarecido” para ser realizado por el investigador y completado por los sujetos de la pesquisa o sus representantes legales, cuando los sujetos están con sus capacidades disminuidas (o no);

2. Principio de la beneficencia: asegura el bienestar de las personas, evitando daños y garantiza que sean atendidos sus intereses. Se trata, por eso, de un principio indisoluble con el de la autonomía;

3. Principio de la no maleficencia: asegura que sean minorados o evitados daños físicos a los sujetos. Como podemos darnos cuenta los riesgos inherentes o emergentes a la pesquisa/acto son las posibilidades de daños físicos, psíquicos, morales, intelectuales, sociales, espirituales, entre otros;

4. Principio de la justicia: exige una distribución equitativa de bienes y beneficios, en cualquier campo de la ciencia, como por ejemplo: medicina, ciencias de la salud, ciencias de la vida, del medio ambiente, etc.

5. Principio de la proporcionalidad: busca un equilibrio entre los riesgos y beneficios, procurando un mal menor y el mayor beneficio a la gente.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Expliquemos ahora, por que motivo se incluye la bioética en un estudio eminentemente jurídico.

Hemos dicho anteriormente que la bioética se cruza y entrecruza con los procedimientos médicos; pero no solo no hay que olvidar que la referida conducta médica tiene que encontrar soporte legal y encuadramiento jurídico en la ley, el más completo y previdente posible. La bioética es precisamente causa-efecto-respuesta a la necesidad del legislador de prever las soluciones que mejor contesten a las necesidades de los individuos.

Más concretamente en el ámbito de la procreación médicamente asistida, compete al legislador prever soluciones que dificulten lo menos posible la libertad de elección de las personas y, simultáneamente, no interferir con el principio de defensa de la vida humana proyectada en un niño.



II - Las leyes de Procreación Humana Asistida en el contexto Ibérico



3. Portugal - La ley portuguesa de la Procreación Médicamente Asistida – Ley 32/2006 del 26 de Julio (LPMA)

En el presente capítulo, procederemos a un análisis lo más completo posible de la ley portuguesa – Ley 32/2006 del 26 de Julio –, la cual es el resultado de varios años de vacío legal, y a un estudio sobre las cuestiones por ella suscitadas.

3.1. La LPMA del 2006

Para Duarte Pinheiro

“... a procriação medicamente assistida suscita várias questões éticas e jurídicas que, pela sua importância e sensibilidade, curiosamente, consistem em saber se deve haver, ou não, uma legislação expressamente destinada a regulamentar a generalidade dessas questões (...) há circunstâncias e eventualidades que não podem ser ignoradas



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

pelo jurista e que não exigem uma solução qualquer, note-se, mas uma resposta que satisfaça no plano prático e sistemático...⁶⁶”

La ley 32/2006 del 26 de Julio⁶⁷, con las modificaciones introducidas por la ley 59/2007 del 4 de Septiembre, fue el resultado de varios años de estudio y varios proyectos legislativos que intentaron solucionar las lagunas en la materia y las cuestiones insolubles que se habían suscitado a lo largo de las décadas.

En efecto, esta era una situación no solo social, sino sobretodo jurídica de elevada relevancia: ¿como articular el progreso científico y el recurso a la procreación médicamente asistida con la moral, ética y derecho?

Sin embargo, cabe advertir que no había un total vacío legislativo, al contrario, hubo algunos decretos (los que se analizarán posteriormente), aunque eran algo lacónicos e confusos.

⁶⁶ Texto basado en el seminário del 10 de Mayo de 2004, sobre Procreación Médicamente Asistida, en el ámbito del Curso de Derecho de la Bioética, organizado por el Conselho Distrital de Lisboa de la Ordem dos Advogados en conjunto con la Asociación Portuguesa del Derecho Intelectual.

⁶⁷ DR, 1ª Série, n.143, p.5245-5250.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Así, la primera normativa dedicada al tema, el Decreto Ley 319/86, del 25 de Septiembre, establecía las normas relativas a la disciplina y actividad de los bancos de esperma.

Más tarde, una nueva tutela jurídica sobre este tema fue introducida por la Ley 12/93 del 22 de Julio, que remitía para una legislación especial la regulación de donación de óvulos, esperma y manipulación de embriones.

A su vez, esta ley fue modificada por la Ley 22/2007 del 29 de Junio e incide, sobretodo, en el establecimiento de normas de calidad y seguridad en relación “à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana” y también se modificó por Ley 12/2009 del 26 de Marzo, que transpone las Directivas n°s 2004/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de Marzo, 2006/17/CE, de la Comisión, del 8 de Febrero y 2006/86/CE, de la Comisión, del 24 de Octubre.

Esta última ley remitía para una legislación especial los aspectos relacionados con la donación de óvulos y de esperma y manipulación de embriones. Esta “solución” evidenció la fragilidad de este modelo, pues siendo remisivo, confuso e incompleto al final no solucionaba ni reglamentaba totalmente ninguno de estos problemas.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Aunque la ley actual sea más perfecta permanecen algunas controversias: ¿Pueden usarse embriones con fines meramente científicos? ¿Pueden usarse embriones como objeto de estudio con el fin de mejorar diagnósticos y terapéuticas o para descubrir nuevas enfermedades?⁶⁸

De la misma manera que afirma que toda la legislación debe asegurar/prohibir, en apoyo total a la institución familiar, los bancos de embriones, la inseminación *post mortem* y la maternidad de sustitución⁶⁹ terminan por apelar a una mayor intervención del legislador, solicitando que no sea ésta una pregunta sin respuesta.

⁶⁸ Por cierto cabe señalar que la Iglesia Católica pretende dar su contribución afirmando que “...gracias al progreso de las ciencias biológicas y médicas, el hombre puede disponer de recursos terapéuticos siempre más eficaces, pero puede adquirir también nuevos poderes sobre la vida humana en su propio inicio y en sus primeras etapas, con consecuencias imprevisibles...” Cfr. João Paulo II, “Discurso aos participantes do 81º Congresso da Sociedade Italiana de Medicina Interna e do 82º Congresso da Sociedade Italiana de Cirurgia Geral”, 27 de Outubro de 1980, AAS 72, p.1126.

⁶⁹ “Pertence aos deveres da autoridade pública agir de modo que a lei civil seja regulada pelas normas fundamentais da lei moral, naquilo que diz respeito aos direitos do homem, da vida humana e da instituição familiar. Os políticos deverão esforçar-se, através de sua intervenção junto à opinião pública, para obter na sociedade o consenso mais vasto possível acerca de tais pontos essenciais e para consolidá-lo sempre que correr o risco de enfraquecer-se ou de vir a desaparecer”. Instrucción sobre el respecto por la vida humana nascente y la dignidad de la procreación Roma, Vaticano, 22 de febreiro de 1987.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Si es cierto que la ciencia invierte algunos procesos naturales en beneficio de la humanidad para que se vivan más y mejores años, no es menos cierto que es cuestionable la “legitimidad” del uso de los embriones.

Vale la pena preguntar: si por un lado la propia naturaleza se encarga de “eliminar” los embriones obtenidos por esta vía artificial, ¿por que motivo no podrá la ciencia “aprovecharlos” para el referido beneficio de la humanidad? En respuesta, desde nuestro punto de vista, nos parece evidente que no es el hecho de que la naturaleza elimine naturalmente que va a legitimar que el hombre haga lo mismo⁷⁰, de acuerdo con el principio de favorecimiento de la vida.

⁷⁰ “...não sendo a natureza uma pessoa moral, a mesma não é passível de qualquer juízo de censura, ético ou jurídico. O recurso aos embriões para fins de investigação científica encontra-se previsto no art.9º, que, subsidiariamente se aplica aos embriões excedentários de técnicas de fertilização in vitro (art.25º/5 LPMA). A LEPMA estabelece uma utilização restrita de embriões excedentários, dando primazia à sua utilização por parte de casais que não podem procriar com recurso a gâmetas próprios, mas, em rigor, não se evita a possibilidade de os mesmos virem a perecer, numa solução de duvidosos contornos éticos.” (Cfr. NASCIMENTO, P., “Procriação medicamente assistida post mortem: efeitos familiares e sucessórios”, AAVV, en *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Magister Editora, Porto Alegre, 2008, p.220).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En última instancia, incluso podríamos cuestionar ¿porque no podrá la ciencia crear “embriones de laboratorio” con objetivos meramente de pesquisa e investigación?^{71/72}

¿Será que los hechos descritos colisionan con la dignidad de la persona humana, independiente de la sociedad de que hace parte?

¿Será que la sociedad debe buscar proteger o tutelar el embrión garantizando su inviolabilidad (sea a que título sea)?

¿No tendrá un fin narcisista, de acuerdo con la propia naturaleza, el hombre usar embriones para servir sus objetivos egoístas de vida eterna?

⁷¹ Haciendo una alusión a la literatura de la fusión entre el hombre e la ciencia, Frankenstein, ha sido el primero de muchos humanoides de la especie en la literatura. Mary Shelley, al publicar su obra, acabo por reflexionar a respecto no apenas de su tiempo, pero del propio tiempo de las Luces sobre el pró-científico y además, hace también, una reflexión sobre las actitudes del hombre en querer transformarse de Creación para Creador.

⁷² Estas problemáticas nos hacen extrapolar para el campo dialéctico/reflexivo de otras discusiones claves a respecto de la determinación del inicio de la vida y de las discusiones alusivas a la relación Creador y Criatura, pero que se abordaran, mas adelante, en el último capítulo de nuestro trabajo.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Otra cuestión, se refiere al hecho de que, en tiempos, la comunidad médica estableció el plazo de catorce días hasta ser considerado un embrión. Este es el lapso de tiempo considerado como normal y es precisamente el periodo comprendido entre el momento de la fecundación y el desenvolvimiento de los órganos, siendo que, paralelamente, ocurre la sedimentación del embrión en el útero. El referido embrión, antes de los catorce días es desprotegido de cualquier derecho, desde luego susceptible de ser utilizado y manipulado sin precedente ético-jurídico justificador.

¿Pueden las técnicas de PMA ser empleadas para elegir o mejorar características físicas o el propio género? Una de las consecuencias de esto podría ser la evolución de la sociedad para una perfección estética, dando una “causa científica” para el racismo.

¿No será disfuncional una situación académica pero, de hecho posible, que un niño nazca y no conseguir determinarse si tendría una, dos o quizás 3 madres⁷³?

⁷³ Por ejemplo una mujer es donante de gametos, otra suporta el embarazo y una tercera que asume jurídicamente la maternidad (por adopción o declaración de maternidad). Así, anticipando un poco lo que se dirá sobre la maternidad hay que advertir que “a lei determina que o nascimento é o facto determinante da maternidade humana. Cfr. Art.1796º/1, CC. Mas, ao admitir, nos termos do art. 1801º, que a prova da filiação se efectue com

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

¿Y que decir de la inseminación *post mortem* del progenitor masculino? ¿Y del femenino? Como veremos más adelante, la LPMA apenas versa sobre estas cuestiones. La justificación radica en el hecho de ser prácticamente imposible, una situación académica, de verificación práctica casi imposible⁷⁴.

Nos parece que éste no fue el mejor camino escogido por el legislador portugués. Es decir, no debería sustraer una

recurso a exames hematológicos e outros medicamentos admitidos, não estará a lei a afirmar que, afinal, o nascimento, como facto jurídico, pode não ser o critério aferidor da maternidade, mas antes da titularidade do material biológico cedido e, a partir daí, concluir-se pela licitude de um contrato de gestação? Mãe é a que dá à luz, por via do nascimento, ou é que, não tendo suportado a concepção e a gestação no seu útero, cedeu, todavia, o material biológico (ovócitos) destinados à procriação?”.(Op.Cit NASCIMENTO, P., “Procriação medicamente assistida...”, p.221 e 222).

⁷⁴ Aconteció todavía, recientemente, un caso curioso en los EUA, de una “progenitora” embarazada de diecisiete semanas, a quien fue diagnosticado un cancro cerebral, siéndole diagnosticada muerte cerebral, sin embargo, se mantuvieran, artificialmente, las funciones vitales del cadáver para permitir el crecimiento del embrión hasta al nacimiento. Añádase que esta es una situación que puede no se encuadrar en la perfección en la temática, la verdad es que, la semejanza de un casal infértil en que se puede proceder a la inseminación artificial post mortem, por progenitor masculino, esta situación podrá ocurrir con el progenitor femenino. Sino veamos, el miembro masculino ansiaba la llegada de un hijo, tal como el miembro femenino. Ambos tenían dado su consentimiento e estaba en curso todo el proceso de obtención artificial de un embarazo. Sin embargo, por ejemplo, la mujer muere en un accidente de tráfico, pero consigue, como es práctica común, mantenerse artificialmente viva, aunque con muerte cerebral. ¿Será que no podría atenderse a la voluntad, tanto de la difunta como del marido e procederse a la inseminación artificial, manteniéndose el embarazo hasta al final?



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

situación que, aunque hipotética, podrá ocurrir. Además, una de las características de la norma jurídica es, precisamente, la hipotecidad, o sea, debe contener una mera conjetura, una simple suposición, una potencial situación, aunque nunca ocurra. Por lo tanto, el legislador debería haber sido más previsor y cubrir también esta situación, aunque sólo académica pero, ya que uno de los valores máximos del Derecho es la justicia e igualdad, no puede el legislador abstenerse de regularlo. Su conducta omisiva sería un contributo para lo que se pretende evitar – el vacío legal, la injusticia y la desigualdad.

Cabe señalar una vez más, que la dimensión de estos problemas ultrapasa su vertiente, exclusivamente, jurídico. Asume, eso si, un cariz eminentemente jurídico. Podemos afirmar que la LPMA presenta una ética determinada por una vía jurídica, sin embargo bastante lacónica y con fronteras de zonas grises relativas no solo de lo que es jurídicamente aceptable, sino también de la frontera entre la (i)licitud de determinados procedimientos.

Por lo tanto, todas las cuestiones que se colocan merecen una tutela legislativa cuidada y, la verdad, es que la LPMA se queda muy atrás en la respuesta a muchas de estas cuestiones planteadas.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Podemos añadir también, que esta ley no concretiza con rigor qué se entiende por técnicas de Procreación Médicamente Asistida. Es decir, en su art. 1º afirma que “*regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)*”, pero también “regula”, por ejemplo, el destino de embriones e investigación científica (art. 9º) y la maternidad por sustitución (art. 8º) – que son temas que merecen un mayor tratamiento jurídico.

Con esto queremos demostrar que la Ley es demasiado ambiciosa, ya que quiere cubrir demasiadas áreas de la procreación médica sin concretar en absoluto ninguna de ellas. La ley esclarece, sin embargo, que las técnicas de PMA obedecen a un principio de subsidiariedad no siendo un método alternativo de procreación (art. 4º, nº 1), lo que anuncia perspectivas de tecnologías reproductivas exclusivamente como medio de intervención médica (art. 11º).

De entre las variadas materias, podremos sin embargo, enaltecer la abertura legislativa por permitir técnicas heterologas de procreación, la posibilidad de recurso a la donación de ovocitos, espermatozoides y embriones, mediante algunos requisitos, como veremos adelante.



3.2. Sistematización de la LPMA – Lei 32/2006 de 26 de Julho

La LPMA esta estructurada en VIII capítulos, veamos:

En el capítulo I, “disposiciones generales”, se regulan aspectos generales: el objeto (art. 1º), ámbito de aplicación (art. 2º), principio informador en el art. 3º (Dignidad y no discriminación)⁷⁵ y condiciones de admisibilidad (art. 4º), destacando que esas técnicas son un método subsidiario.

En este capítulo encontramos también algunos aspectos relacionados con las entidades competentes para ejecutar este tipo de actividad (art. 5º), como los sujetos beneficiarios de las técnicas de PMA (art. 6º) – uno de los “elementos subjetivos” para que asista el derecho a la utilización de las técnicas de PMA.

El art. 7º describe las finalidades prohibidas, enunciando expresamente la proscripción de la clonación reproductiva humana, bien como la utilización de técnicas de PMA con el objetivo de “mejorar determinadas características no médicas

⁷⁵ Este principio aparece en este capítulo como un pilar que sustenta las técnicas de PMA y como principio orientador de la propia ley;

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

del embrión”, en particular “la elección del sexo”. Una vez más, podemos comprender la intrusión del principio de subsidiariedad de las técnicas, tal como prevé en el art. 4º, nº 2, ya que el recurso a las mismas depende de un diagnóstico de infertilidad, sirve para el tratamiento de enfermedad grave, para evitar la transmisión de enfermedades de origen genético, infecciosa o otras pretendiendo, por lo tanto, descartar el uso de técnicas de PMA para fines superfluos.

En esta sección, recuérdese, “disposiciones generales”, son resueltas, *a priori*, algunas cuestiones “independientes”, como la maternidad subrogada (art. 8º), la investigación con recurso a embriones (art. 9º) y la donación de espermatozoides, ovocitos y embriones (art. 10º)⁷⁶.

A su vez, el Capítulo II – “Utilização de técnicas de PMA” – apela a una visión más cautelosa en el uso de las mismas por sus intervinientes. Habla de algunos aspectos de la conducta de los médicos y profesionales (“decisão médica e objecção de consciência” (art. 11º)), reglamenta los derechos y deberes de los “beneficiarios” (art. 12º y 13º). Matiza también la importancia del consentimiento de estos, estableciendo de modo particular

⁷⁶ Como se mencionó en el punto 3. supra, cuestiones como estas han sido colocadas por el legislador en este capítulo, no dándoles un tratamiento jurídico más cuidadoso y adecuado. Se añade aun la crítica de que el modo como el legislador estructuró el Capítulo I refleje la ambición en la procura de legislar sobre todos los ámbitos.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

que (art. 14º) ese consentimiento deberá ser libre, informado, expreso y por escrito, libremente revocable mismo después de que los beneficiarios hayan sido informados sobre todos los aspectos importantes, *maxime*, riesgos implicados, contradicciones éticas, morales, sociales y jurídicas.

El capítulo en cuestión se centra también en la confidencialidad del recurso a las técnicas (art. 15º), según el cual todas las partes deberán guardar sigilo, pero no veda la posibilidad, a todos los que nazcan por esta vía a que accedan a la información de naturaleza genética, con excepción de la identidad del donante, cuando sea ese el caso – solamente cuando fuertes razones lo justifiquen y, siempre, mediante sentencia judicial (art. 15º, nº 4); también se refiere al registro de conservación de datos y encargos (art. 16º y 17º).

Es de destacar la prohibición expresa de venta de gametos o “*qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA*” (art.18º).

La IA tiene su materia reglamentada en el Capítulo III (art. 19º y ss), donde se regulan las cuestiones relacionadas con la paternidad – excluyendo el donante de semen como padre jurídico del niño (art. 21º) – y la inseminación *post mortem* (art. 22º y 23º).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

La Fertilización *in Vitro* (FIV) es abordada en el Capítulo IV (arts. 24º-27º)

El Diagnóstico genético pre-implantación (DGPI), se encuentra en el Capítulo V.

El Capítulo VI, prevé la creación de un órgano – O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) – para el cual se atribuyen funciones consultivas y reguladoras, respondiendo junto de la Asamblea de la Republica y de los Ministerios competentes (art. 30º). El capítulo VI disciplina el mandato, composición, modo de funcionamiento y deber de colaboración (arts. 30º-33º) del CNPMA.

El Capítulo VII se refiere al régimen sancionador, distinguiendo aquellas que merecen una condenación penal en función de su gravedad: Responsabilidad Criminal (arts. 34º-43º), ilícito de contra-ordenación (art. 44º) y aplicaron de sanciones accesorias (art. 45º).

Incurrir así, en responsabilidad criminal punible con:

- pena de prisión (entre 2 a 8 años), los agentes que no cumplan con las condiciones exigidas para integrar los llamados “beneficiarios”, en los términos del art. 6º, nº 2;



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- penas de prisión hasta 2 años o multa hasta 240 días, por el recurso a las técnicas de PMA con las finalidades previstas en el art. 7º, nº 2 (art. 37º);
- pena de prisión de 1 a 5 años, los agentes que hacen creación de quimeras o híbridos (art. 38º);
- pena de prisión hasta 1 año o multa hasta 240 días, por violación del deber de confidencialidad (art. 43º).

En cuanto al derecho subsidiario aplicable, el legislador hace una remisión para el Código Penal y Regime Geral das Contra-Ordenações.

Por último, el Capítulo VIII (art. 47º), admite otras técnicas: inyección intracitoplasmática de espermatozoides, transferencia de embriones, gametos o cigotos, remetiéndolo, con las debidas adaptaciones para el régimen establecido para la Fertilización *in Vitro*, reglamentado en el Capítulo IV.



3.3. LPMA – Explicación y Análisis

Podemos empezar por enunciar un principio que se afirma como absoluto en la utilización de las técnicas: el principio de la subsidiariedad recogida en el art. 4º, nº 1 de la LPMA. Establece este principio que el recurso a las técnicas de reproducción médicamente asistida, sólo será permitido cuando no sea viable la reproducción por *vía natural*, es decir, como matiza el nº 2 del mismo artículo, la utilización de estas técnicas “*só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*”.

Se concluye así, que el recurso a estos medios se utilizará como método terapéutico subsidiario y no como método alternativo de reproducción.

Cabe señalar que la ley no se limita a los casos de infertilidad, pues abarca también los casos de tratamiento de enfermedad grave o riesgo de transmisión de enfermedades de origen genética, infecciosa o otras y aún para la obtención de un



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

embrión de un determinado grupo HLA (*Human Leukocyte Antigen*)⁷⁷.

El ámbito de la aplicación esta previsto en el art. 2º y no se refiere apenas a las técnicas ya citadas⁷⁸, sino también añade el “*diagnóstico genético pré-implantação*” (al. e)), DGPI y “*outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias*” (al.f)). Dejando, por ahora, el contenido de f), será necesario densificar el contenido de e).

Así, el DGPI es un método de diagnóstico prenatal y que trata de impedir la transferencia de embriones portadores de graves enfermedades genéticas, como el síndrome de Down, la enfermedad “dos pezinhos” y malformaciones consideradas graves, incluyendo enfermedades típicas de un determinado sexo⁷⁹.

⁷⁷ Determinante en la ocurrencia de eventos inmunológicos;

⁷⁸ Recuérdese la redacción del artículo:

“ A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA:

- a) Inseminação artificial;
- b) Fertilização *in Vitro*;
- c) Injecção intracitoplasmática de espermatozoides;
- d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos”...

⁷⁹ En la práctica, este método permite la evaluación de la condición del embrión relativamente a eventuales anomalías genéticas traducidas en enfermedades o deficiencias graves, permitiendo de esta manera la



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Efectivamente, el DGPI nunca podrá ser utilizado de modo liviano, porque plantea algunas cuestiones de contenido ético⁸⁰.

Aclara el CNECV (*Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*) que una de las cuestiones éticas más relevantes se relaciona con el criterio de elección del embrión *in Vitro* y el destino de los embriones no seleccionados. Por eso, cuando se utiliza la técnica de fertilización *in Vitro*, habrá mayores ventajas en producir un número de embriones superiores al susceptible de ser transferido para el útero materno, para aumentar las hipótesis de obtener embriones saludables⁸¹.

transferencia para el útero de la mujer solamente de los embriones saludables, en armonía con el principio ético de la beneficencia.

⁸⁰ Por otro lado, el DGPI implica también la cuestión de la manipulación del embrión para elección de determinadas características. A este respecto, esclarece la Comisión que, en la práctica de la DGPI, no basta padecer de una enfermedad grave. Las técnicas referidas tienen de presentar tasa de diagnóstico predictivo elevado. Evidentemente, esta es excluida en los casos de selección de características físicas no asociadas a cualquier tipo de patología, específicamente, la elección del sexo, que la LPMA no permite (art. 7º, nº 2), siendo absurdo y contrario al principio de la no instrumentalidad y por eso punible con pena de prisión hasta dos años o multa hasta 240 días (art. 37º LPMA).

⁸¹ La cuestión del destino de los embriones sobrantes genera una inevitable controversia, siendo que su fin se situará entre la crío preservación, cuando



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En este sentido, el legislador apenas permite su utilización a título excepcional, cuando se trate por ejemplo, de obtener un grupo HLA⁸², compatible para efectos de tratamiento de enfermedad grave (art.º 7, nº 3, *in fine*). Aun así, esta última hipótesis presenta alguna delicadeza, porque la creación y selección de embriones tiene un fin instrumental y utilitario, ya que tienen como función convertirse en donantes de células – el ejemplo clásico es el de se buscar un embrión que sea HLA compatible con un hermano enfermo, a quien pudiese fornecer células estaminales⁸³ – siendo por eso analizada casuísticamente y deliberada de esta forma por el CNPMA (art. 30º, nº 2 q) de la LPMA).

Así, a pesar de que la práctica de la DGPI suscite diversos dilemas éticos, en esta última hipótesis, el CNECV, parece elevar el principio de la solidaridad^{84/85}.

hablamos de embriones saludables y su destrucción, cuando hablamos de embriones portadores de anomalías genéticas.

⁸² Human Leukocyte Antigen.

⁸³Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, J., “A Lei 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida” en *Estudos do Direito da Bioética* Vol. III, p.25 – 50.

⁸⁴“Excepcionalmente, e por ponderadas razões estritamente médicas decorrentes da prevenção da transmissão de doenças graves de origem genética ou outra, poderão ser consideradas derrogações ao princípio da subsidiariedade. Estas derrogações deverão ser autorizadas por uma entidade independente proposta no ponto 28 do presente parecer.” (Cfr. Parecer 44/CNECV/2004, p.4).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

El legislador no explicita qué debe entenderse por “enfermedad grave” (art. 4º/2 *in fine*) pero, el CNECV, parece adelantar que, si origina “morte prematura e sofrimento prolongado e irreversível”⁸⁶, debe ser clasificada como tal. En este contexto, tendremos de invocar un principio fundamental: el principio del consentimiento informado, según el cual, los progenitores deberán recibir toda la información necesaria, de modo completo y claro, sobretodo en relación a procedimientos, tasas de éxito y riesgo, consecuencias y alternativas, teniendo en cuenta que, tal como el art. 4º/1 refiere, será siempre un método subsidiario y no alternativo de reproducción y teniendo siempre en vista el principio de la dignidad y no discriminación (art. 3º).

⁸⁵ “A utilização do DGPI para seleccionar embriões dadores de células estaminais com o fim de tratar doença fatal familiar configura um complexo dilema ético em que se considera poder sobrelevar-se o princípio da solidariedade; A sua resolução supõe a análise ponderada das possibilidades terapêuticas oferecidas pelas tecnologias disponíveis, atende à manifestação da vontade dos progenitores e deve ser sujeita à apreciação positivas, caso a caso, por comissão especializada. “ (Cfr. Parecer 51/CNECV/07, p. 8).

⁸⁶ Cfr. Parecer sobre Diagnóstico Genético Pré-implantação 51/CNEV/07,CNECV, p.3

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Del mismo modo, las técnicas de PMA solo pueden tener lugar en centros expresamente autorizados⁸⁷ para tal efecto (art. 5º)^{88/89}.

Otro principio que surge enunciado en la Ley nº 32 /2006 es el principio del sigilo sobre la identidad de los participantes y sobre el acto de la PMA, previsto en el art. 15º. Es un principio que, sin embargo, está lejos de ser absoluto, por lo menos en lo que toca a la identidad del donante de gametos, ya que “*por razões ponderosas reconhecidas por sentença*

⁸⁷ Los centros serán auditados, inspeccionados y fiscalizados, por parte de la Inspección General de las Actividades de Salud, en articulación con la Comisión Nacional de Protección de Datos y el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (CNPMA) – art. 8º del decreto reglamentar.

⁸⁸ Lo que está previsto en el Decreto Reglamentar nº 5/2008 de 11 de Fevereiro, pudiendo estos ser públicos o privados, desde que debidamente autorizados, todavía pueden ver la referida autorización revocada en virtud de malas prácticas o falta de condiciones técnicas y/o de seguridad (art. 9º del referido decreto reglamentar y art. 5º/2 al. c) de la LPMA

⁸⁹ En cumplimiento del artº 5º/2 al.a) de la LPMA, referente a las personas calificadas, los arts. 4º a 7º del decreto reglamentar nº5/2008 establecen, designadamente, la obligación de existencia de, por lo menos, dos especialistas en ginecología/obstetricia, siendo el director de esos centros, obligatoriamente, un médico especialista en una de las áreas referidas, o especialista en genética médica, endocrinología o urología, reconocidos por la Orden dos médicos y con experiencia mínima de tres años en PMA (Art.5º/2 e 3 decreto reglamentar nº 5/2008 de 11 de Fevereiro).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

judicial” (art. 15 n° 4), puede el interesado obtener tal información.

El legislador deja entonces un espacio abierto, para que la experiencia jurisprudencial nos diga en qué términos se concretizan esas “razões ponderosas” para divulgar la identidad del donante.

Según la opinión del Profesor Diogo Leite Campos, el anonimato del donante merece disconformidad constitucional, por cuanto el ser nacido por vía heteróloga, tiene derecho a conocer los padres biológicos “*na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade*”⁹⁰.

Se cuestiona aún si habrá derecho a información recíproca sobre la identidad de las partes, es decir, si podrá asistir al donante el derecho de saber quien se benefició de la donación y quien nació de su “material”.

Entiende el Profesor Oliveira Ascensão, que el donante no tiene ese derecho, es apenas un proveedor de “material”⁹¹, un tercero en el proyecto de paternidad.

⁹⁰ Cfr., LEITE DE CAMPOS, D., “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador ou a onnipotência do sujeito” en *Estudo do Direito da Bioética*, Vol II, Almedina, Lisboa, 2008, pp. 72 – 86.

⁹¹ Op. Cit OLIVEIRA ASCENSÃO, J., “A Lei 32/06 sobre...”, p. 25 – 50.



Sobre este tema del anonimato del donante y del principio del sigilo sobre la identidad de las partes, hay diversas y controvertidas cuestiones, las cuales no son objeto del presente estudio, pero porque existen no podríamos dejar de referir que también suscitan, naturalmente, significativas prelecciones.

3.4. Ámbito Personal

Es importante destacar que el art. 6º de la LPMA, anuncia los beneficiarios de las técnicas de la PMA. Veamos lo que establece la ley:

- Personas heterosexuales casadas y que no se encuentren separadas judicialmente de personas y patrimonio o separadas “de facto”;
 - Personas que, siendo de sexo diferente, vivan en condiciones análogas a las de los conjugues, como mínimo, desde hace 2 años;
-



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- Mayores de dieciocho años;
- Personas sin impedimentos o inhabilitadas por anomalía psíquica.

No es de extrañar la existencia de estos dos últimos requisitos, además, se requiere disponibilidad y madurez psíquica y física para ser progenitor, la verdad es que la LPMA expurga de su ámbito innumerables personas, desde luego lesbianas, homosexuales, personas solas o incluso, casados, pero que están separadas “de facto” o personas o bienes (formalmente) pero que prosigan su vida en común.

En efecto, el legislador portugués va en contra la corriente de los países liberales, demostrando el carácter conservador en armonía con el previsto por el Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida sobre esta materia⁹².

Así, la LPMA, al limitar el acceso permitiendo solamente a casados o unidos “de facto”, con el objetivo de tratar la infertilidad y, al mismo tiempo, admitir inseminación heteróloga, termina por no cumplir su objetivo, pues nada

⁹²Cfr. Parecer 44/CNECV/2004, p.6.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

soluciona, simplemente tornea la imposibilidad de uno, o ambos, miembros de la pareja, para poder tener hijos. En este tipo de situaciones, el art. 10º/2, esclarece que el donante no puede ser tomado como progenitor del niño que nazca, lo que es curioso porque nos permite afirmar que no estamos delante de inseminación en sentido propio ya que se recurre a terceros.

Aunque dos proyectos de ley han merecido especial consideración de los diputados, siguen afirmando la necesidad que se cumplan todos los requisitos generales fijados en la ley, incluso el ámbito personal⁹³. Asimismo, el CNECV critica esta decisión política afirmando que:

“...considera que a exclusão do acesso às técnicas de PMA às pessoas que não se encontrem casadas com pessoas de sexo diferente ou em unios análogas com pessoas de sexo diferente (...) constitui uma limitação tão séria da autonomia das pessoas que só não merecerá censura ética caso tenha uma justificação igualmente ponderosa. O CNECV considera que, não tendo os proponentes dos projectos (...) apresentado (...) razões justificativas suficientes para

⁹³ Diferente los Proyectos de Lei nº 122/XII (del Bloco de Esquerda) y nº 137/XII (iniciativa del diputado Pedro Delgado del Partido Socialista) admitían ampliamente el acceso a las técnicas de PMA a hombres y mujeres, independientemente de su estado civil, admitiendo que parejas del mismo sexo recurran a las dichas técnicas. Todavía, referidos proyectos han sido rechazados liminarmente, el 20 de enero de 2012, por votación en la generalidad de los diputados en la Asamblea de la República.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

fundamentar aquela exclusão (...) tal justificação deverá ser apresentada^{94/95}.

Es también curioso que, la ley no establezca límite máximo de edad para los beneficiarios.

De hecho, el recurso a técnicas de procreación médicamente asistida en edad avanzada puede acarrear riesgos tanto para la mujer que desea ser madre, como para el niño – aunque se verifique el comportamiento sociológico de que “la edad de procrear” sea cada vez más tardía, acompañado de un conocimiento científico que permite que la edad fértil sea también mas avanzada⁹⁶.

⁹⁴ Parecer 63/CNECV/2012, p.12.

⁹⁵ No podríamos dejar de comentar la recomendación del CNECV. Así, en el actual panorama legislativo portugués, el casamento entre personas del mismo sexo és una realidad muy reciente la cual se está implementando en la sociedad portuguesa y asimismo se están procedendo a los necesarios ajustes decurrientes del abandono de lo modelo de familia tradicional portuguesa para la familia contemporánea. Asimismo tampoco se permite la adopción por parejas del mismo sexo.

⁹⁶ Podremos constatar casos recientes como el de la psiquiatra Krasimira Dimitrova, de 62 anos, búlgara, que después de ser considerada demasiado mayor para ser madre, decidió iniciar el tratamiento in vitro, convirtiéndose una de las madres mayores del mundo al dar a la luz gemelos, en Mayo del 2010. Entretanto, la madre mayor del mundo, se encuentra en India, se trata de Omkari Panwar que, a los 70 años, dio a la luz a gemelos, en 2008.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

De este modo, el legislador, al no establecer un límite máximo de edad, permite entender que no sea inviable el recurso a estas técnicas en la maternidad pos menopausia⁹⁷.

Sobre esta cuestión, se pronunció el Acórdão Constitucional n° 101/2009 de 3 de Março⁹⁸, interpretando a raíz del art.4° de la LPMA que si puede existir un límite.

Por esta vía, entiende el Tribunal Constitucional que como método subsidiario y no alternativo que son las técnicas de procreación médicamente asistida:

“poderão ser utilizadas quando tenha sido efectuado um prévio diagnóstico de infertilidade, o que tem pressuposta a ideia de que a mulher beneficiária se encontra em idade em que normalmente poderia procriar se não existisse um factor inibitório de natureza clínica que tenha afectado um dos membros do casal. E o mesmo

⁹⁷ Como refiere NEVES PATRÃO, M., “Mudam-se os Tempos, Manda a Vontade...”, en *Estudos do Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, pp. 132-149.

⁹⁸ Este Acórdão surgió en el ámbito de una requerida declaración, con fuerza obligatoria general, de la ilegalidad y inconstitucionalidad de la Lei n° 32/2006, de 26 de Julho, por parte de un grupo de deputados y con fundamento en algunas cuestiones controversias ; en la secuencia del requerimiento se pronunció entonces el Tribunal Constitucional, dando origen a este Acórdão; disponible en <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/Acordaos09/101-200/10109.htm>



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

princípio tem aplicação quando se pretenda a utilização de técnicas de PMA para qualquer das finalidades previstas na segunda parte do n.º 2 do artigo 4º, porquanto, ainda nesse caso, é suposto que a mulher se encontre em idade potencialmente fértil e que o recurso à procriação medicamente assistida resulte apenas da necessidade de evitar o risco de transmissão de doença ou de providenciar o tratamento de doença grave de terceiro.

Podará dizer-se, por conseguinte, que o ordenamento jurídico português, embora não tenha optado por uma formulação verbal expressa no sentido da fixação de um limite etário para os beneficiários das técnicas de PMA, acaba por se aproximar, nesse plano, por efeito do elemento sistemático de interpretação, dos critérios normativos enunciados no direito italiano e no direito francês, na medida em que estabelece condições de admissibilidade restritivas que, à partida, obstam a que as técnicas de procriação medicamente assistida possam ser utilizadas em circunstâncias contrárias à ordem natural das coisas.”

Concluye aun que,

“...a decisão médica relativa à utilização de técnicas de PMA deve ter em conta o carácter de subsidiariedade em relação a outros tratamentos que visem o mesmo objectivo, bem como as perspectivas de êxito e os inconvenientes que possam implicar para qualquer dos interessados;” e que “...os beneficiários devem ser previamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos, e também, para efeito de



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

prestarem o seu consentimento livre e esclarecido, sobre todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA. O que leva naturalmente à ponderação, quer por parte dos profissionais de saúde envolvidos, quer por parte das pessoas directamente interessadas, de todos os riscos significativos quer para a saúde da mãe e do filho quer para o ulterior desenvolvimento da personalidade da criança, em função da idade de quem pretende submeter-se a qualquer desses métodos de procriação medicamente assistida⁹⁹.

⁹⁹ Acórdão Constitucional nº 101/2009, de 3 de Março; disponible en <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/Acordaos09/101-200/10109.htm>



4. España – Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida – Ley 14/2006

Las TRHA, vienen siendo objeto de tutela jurídica en el ordenamiento español hace más de dos décadas. Por lo tanto, en ésta sección, apenas haremos una breve exposición del tratamiento jurídico dado a esta materia, para mejor entender la presente ley ya que lo desarrollaremos en seguida.

Así, la ley nº14/2006 es precedida por la Ley 35/1988 del 22 de Noviembre, específica, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, además, suficientemente desarrollada y pionera en contexto europeo.

Posteriormente, surge la Ley 42/1988 del 28 de Noviembre sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos (desde el día 14 después de la fecundación) con fines reproductivos.

Finalmente, pronunciándose sobre el tratamiento de pre-embryones críoconservados o congelados, permitiendo así, su



utilización para fines de investigación surgió la ley nº 45/2003 del 21 de Noviembre.

4.1. Sistematización

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) está dividida en VIII capítulos:

El primer capítulo regula las disposiciones generales, así como el objeto y ámbito de aplicación (artículo 1.), especificando qué se entiende por pre-embrión¹⁰⁰ – “...el embrión *in Vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde” (artículo 1.2). Por otro lado, enumera las técnicas que reúnen las circunstancias de acreditación científica y clínica, remetiéndolo a su enumeración al anexo (A) – Inseminación artificial, fecundación *in Vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donantes y con transferencia de pre-embiones y transferencia intratubárica de

¹⁰⁰ Además, como se hace en la Exposición de Motivos.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

gametos. Sigue indicando las condiciones personales de la aplicación de las técnicas, o sea, su ámbito personal (artículo 3.). En esta disposición, se puede verificar que el legislador limita la transferencia de pre-embriones a un límite máximo de 3 – artículo 3.3.

Finaliza con la indicación de los requisitos que han que cumplir los centros y servicios de reproducción asistida, remetiéndolo para el Capítulo V cuales son esas mismas condiciones de aplicación (artículo 4.2).

A su vez, el capítulo II está consagrado sólo a los intervinientes en las TRA. El artículo 5 es muy completo y específico en cuanto a los donantes (de gametos y pre-embriones), así como en la regulación del contrato de donación. Incluso determina que el número máximo de niños generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis (artículo 5.7).

También se revela innovador, comparado con otros ordenamientos jurídicos¹⁰¹, el hecho de no distinguir la mujer según su estado civil o orientación sexual (artículo 6.1, *in fine*), a pesar de que, lógicamente, es exigible el consentimiento del marido, si la mujer está casada (artículo 6.3).

¹⁰¹ Por ejemplo, el ordenamiento jurídico portugués discrimina las mujeres en razón de su orientación sexual o estado civil. Para más detalle consultar 4.3.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

El artículo 7 establece los cánones para la filiación de los hijos nacidos mediante las TRA, y el artículo 8 es más específico porque aborda las reglas de la determinación legal de la filiación.

Los artículos 9 y 10, se ocupan, respectivamente, de las situaciones de premoriencia del marido¹⁰² y de gestación de sustitución¹⁰³.

El Capítulo III está dedicado a la regulación de las condiciones de Crioconservación (de gametos y pre-embiones artículo 11) y de otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida, como es el diagnóstico pre-implantacional sobretodo para detección de enfermedades hereditarias graves/sin tratamiento, o otras alteraciones que puedan imposibilitar la viabilidad del pre-embrión (artículo 12). También se abordan las técnicas terapéuticas en el pre-embrión, siempre y sólo para, según la ley, “tratar enfermedades o impedir su transmisión, con garantías razonables y comprobadas” (artículo 13)^{104/105}.

¹⁰² Inseminación post-mortem.

¹⁰³ Curioso es el hecho de, en la sistematización de la ley portuguesa, la maternidad de sustitución es referida en el capítulo I, pero no las situaciones de Premoriencia del marido, que se pueden encontrar en el Capítulo III (art. 22°).

¹⁰⁴ “Deben destacarse dos hechos: a) si bien prácticamente todas las patologías en las que es posible el diagnóstico genético en el adulto se

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

pueden diagnosticar en el embrión pre-implantatorio, hay que recordar que en el propio adulto con patología hereditaria no siempre es posible hacer el diagnóstico genético de dicha patología. B) se establece un nuevo concepto, autorizándose el “tratamiento de las enfermedades hereditarias”, que si bien hoy no es técnicamente factible, presumiblemente en los años venideros represente un extraordinario avance de enorme interés. Como crítica debiera señalarse que no se hace referencia a la gravedad del proceso. En este sentido pudiera parecer que enfermedades hereditarias “menores” tales como el daltonismo o el síndrome de ovario poliquístico pudieran acogerse legalmente al diagnóstico genético préimplantacional, situación, a nuestro juicio desproporcionada”. (Cfr. MATORRAS, “Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”, dirigidos por LLEDÓ YAGUE y OCHOA MARIETA, Dykinson, Madrid, 2007, p.28 y 29).

¹⁰⁵ “...hace referencia a la técnica del (...) DPI (...) en su doble utilidad de forma muy precoz de diagnóstico de enfermedades a través del estudio genético de los pre-embiones obtenidos, lo que permite adoptar decisiones sobre cuáles serán implantados en el útero de la mujer, e instrumento terapéutico para terceros, empleando las técnicas de reproducción asistida para hacer posible el nacimiento de niños compatibles inmunológicamente con un Hermano enfermo. Sin duda, las reticencias doctrinales y científicas acerca de la posibilidad de hacer uso inadecuado del diagnóstico genético pre-implantacional que pudiera desembocar en prácticas de eugenesia negativa están presentes en el texto legal, que impone restricciones y controles consistentes en permitir solo el estudio genético de los pre-embiones para la detección de enfermedades hereditarias graves no susceptibles de tratamiento curativo postnatal o de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del pre-embrión, siendo exigible la comunicación posterior a la autoridad sanitaria competente. En los demás casos, y también cuando se pretenda utilizar el DPI con fines terapéuticos para terceros, el control a posteriori se sustituye por autorizaciones expresas previas de dicha autoridad (...) obsérvese que la legalidad de esta técnica, aun con todas las restricciones que el texto finalmente impone, ha sido uno de los aspectos más debatidos en la tramitación parlamentaria de la Ley 14/2006, de hecho, el texto aprobado por el Senado, donde, como es sabido, las mayorías políticas tienen un signo más conservador que la del Congreso, guardaba silencio en su regulación del diagnóstico genético pre-implantacional en el art. 12 sobre la selección de embriones compatibles con el tercero enfermo para cuya curación se hace uso de la reproducción asistida, potenciándose tan sólo, a estos efectos, la donación y conservación de sangre de cordón umbilical”. (Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Por su parte, el Capítulo IV versa sobre la conservación e investigación de gametos y pre-embriones¹⁰⁶ (artículos 14 a 16), permitiéndose su utilización para fines de investigación, contando que sean posteriormente utilizados para efectos de reproducción humana asistida – aquí no se permite que tanto los gametos como los pre-embriones sean transferidos para el útero de la mujer (artículo 14.2 y 15.1).

Las medidas en cuanto a los centros sanitarios y equipos biomédicos se encuentra previstas en los artículos 17 y 19 – calificación, autorización, condiciones de funcionamiento y auditorías.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida ocupa un capítulo con un sólo artículo. Se trata de un órgano colegiado encargado de aconsejar, advertir y orientar sobre las

Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”, dirigidos por LLEDÓ YAGUE y OCHOA MARIETA, Dykinson, Madrid, 2007, p. 35 y 36).

¹⁰⁶ “Se define igualmente un término, el “pré-embrión”, como el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Se trata de un término polémico, que para sus partidarios cuenta con la ventaja de corresponder aproximadamente al período previo a la aparición del desarrollo de los esbozos de tejido nervioso (día 14º) así como a la fase previa a la conclusión de la implantación (que se inicia el día 7º y finaliza el 15º). Para sus detractores el término que habría que emplear es el de embrión preimplantatorio, ya que el vocablo “pré-embrión” no es un concepto habitual en los libros de medicina y biología”. (Op.Cit. MATORRAS “Comentarios Científico-Jurídicos ...” p.29)



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

TRA, así como asiste a la modernización, actualización y expansión de la ciencia en las materias en causa, también le compete “...la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan” (artículo 20.1)¹⁰⁷.

Entre los artículos 21 y 23 está la regulación de los Registros nacionales de reproducción asistida, ocupando así el capítulo VII de la Ley 14/2006.

Finalmente, el Capítulo VIII, está dedicado solo a la determinación de las infracciones y consecuentes sanciones – artículos 24 (normas generales) hasta al final, artículo 28 (competencia sancionadora).

Partiendo de las grandes líneas de orientación de la LTRHA desde el punto de vista de los principios de Derecho Civil, podremos enfatizar cuatro grandes pilares o reglas:

- El primero se refiere a las mujeres. Como hemos visto, es necesario que las mujeres receptoras:

¹⁰⁷ Desempeña semejante tarea al “Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida” (CNPMA), previsto en art. 30º da LPMA portuguesa, y aunque indirectamente, el “Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida”.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

a) sean mayores de edad y tengan plena capacidad de obrar; independientemente de su estado civil o orientación sexual^{108/109}

b) estén suficientemente informadas

c) den su consentimiento

- El segundo asienta sobre la donación de gametos y pre-embiones. Así, especifica cuales son los fines legales y cómo podrá producirse la donación – mediante contrato gratuito, formal y confidencial, entre centro autorizado y donante. También se prohíbe el conocimiento del donante, excepto cuando haya riesgos para la vida. Esa orientación repuerta la idea de que entre donante e hijo no hay ni podrá haber ningún tipo de relación paterno filial. Además todo ese régimen se encuentra plasmado en el artículo 5 de la Ley.

¹⁰⁸ “Aunque no se establezca limite máximo de edad, la ley establece un limite *a quo* cronológico como principio de capacidad en la mujer para ser regidora de estas técnicas que es la mayoría de edad; pero no establece una frontera limite *ad quem*, lo cual puede dar lugar a situaciones verdaderamente chocantes en el caso de que se aplique a mujeres de avanzada edad que más bien tengan nietos que hijos”. (Cfr. GONZÁLEZ MORÁN, L., “Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales”, Citado en *Dilemas Éticos de la medicina actual*, Publicaciones de la Universidad Pontificia -Comillas, Madrid, p. 124).

¹⁰⁹ Sobre este mismo tema, véase el expuesto en el capítulo anterior 3.3, en relación a la ley portuguesa, Lei 32/2006;



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- El tercero pilar se refiere a la prohibición de la gestación por sustitución, declarando nulo el contrato “por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” – redacción del artículo 10.1. . Acrecienta también una importante regla, no diferente de la ley portuguesa, – “La filiación (...) será determinada por el parto”.
- El último pilar es una regla dirigida a los propios servicios de Registro Civil. Está prevista en el artículo 7.2 y se refiere a la prohibición de manifestar el origen de la filiación – “En ningún caso, la inscripción en el Registro civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación¹¹⁰”.

¹¹⁰ “Sin embargo, la coherencia interna de la filiación ha quedado afectada en nuestro Derecho ya que la LTRA/1988 ha dejado al margen, en ciertos casos, el principio de veracidad biológica, limitando la investigación de la paternidad en ciertos supuestos de fecundación con semen de donante”. (COBACHO GÓMEZ y INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p. 44).



4.2. Las TRHA – Explicación y Análisis

A continuación haremos una breve exposición del tratamiento jurídico dado a esta materia.

A la ley nº 14 /2006 procede de Decreto legislativo – ley 35/1988 del 22 de Noviembre – que, en la época en que entró en vigor, supuso uno de los avances más significativos en el campo de la bioética jurídica, no solo por ser dotado de un espíritu muy liberal¹¹¹, sino también por la ausencia de legislación en Europa, por lo que ha venido a rellenar esa misma ausencia legislativa. Solamente más tarde proliferó legislación sobre la temática en el resto del continente.

Además, como resulta de la ley 35/1988 del 22 de Noviembre, su finalidad es evidente:

“se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de Reproducción Asistida y la adaptación del Derecho allí donde proceda, con respecto al material embriológico utilizado, los donantes

¹¹¹ Evidente que no hablamos en absoluto sino comparativamente con otros ordenamientos jurídicos una vez que, aunque exista ya una apertura y acompañamiento con la evolución biomédica, vivíamos en un contexto social más “tímido” y cuyas preocupaciones sociales obstaban a un tratamiento jurídico diferente.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

de dichos materiales, las receptoras de las técnicas y, en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (...)”¹¹².

Surge, más tarde, la Ley 42/1988 del 28 de Noviembre, que contempla la donación y utilización de embriones y fetos humanos (desde el día 14 después de la fecundación) con fines reproductivos – denominados por este Decreto legislativo de “preimplantatorios” – y que intenta delinear un marco jurídico centrado en el respeto a la vida, dignidad y derechos humanos en armonía con las actuaciones biomédicas y científicas.

Posteriormente, surge una importante modificación legislativa que era necesaria para dar respuesta a algunas cuestiones que aquella primera ley no solucionaba respecto al tratamiento de pre-embryones críoconservados o congelados, permitiendo así, su utilización para fines de investigación: la Ley 45/2003 del 21 de Noviembre.

No obstante, esta ley apenas solucionó parcialmente las lagunas dejadas por el legislador, por lo que se aprobó la ley 14/2006, asumiéndose como más armoniosa por cuanto

¹¹² Op.Cit. GONZÁLEZ MORÁN, L., “Procreación Humana ...”, p. 124

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

transporta la base legislativa solidificada por los regímenes previstos en las leyes anteriores, adecuándola a la realidad social circundante en busca de una mejor solución legislativa.

Hagamos entonces, el análisis de la presente ley.

Así, en primer lugar, si bien es cierto que la LTRA de 1988 establecía un elenco muy apretado de las técnicas posibles, la verdad es que la nueva ley es más bien flexible y se adapta a la evolución científica permitiendo la extensión de las TRHA. Es decir, la lista de técnicas actualmente previstas en el Anexo podrá ampliarse, y con ello se consigue evitar “*la petrificación normativa*^{113/114}”. Sin embargo, cabe preguntarse

¹¹³ “Las técnicas de reproducción humana asistida que pueden practicarse son objeto de nueva regulación (...) la nueva ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede realizar técnicas autorizada”. (COBACHO GÓMEZ y INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p.26).

¹¹⁴ MATORRAS escribe que “...el artículo establece que su objetivo es regular las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, con el fin de facilitar la procreación (...) es decir que se especifica que se dirige a la regulación de las técnicas de empleo habitual, consolidadas científicamente y con indicación clínica. Al afecto, como se detalla en el anexo I, se trata de la fertilización in vitro (FIV), la ICSI (ICSI) (“intracytoplasmic sperm injection) también conocida como microinyección espermática, la donación ovocitaria, la inseminación



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

como es el proceso de inclusión de las nuevas técnicas en el referido Anexo.

COBACHO GÓMEZ e INIESTA DELGADO advierten que la autoridad sanitaria competente “*para autorizar, previo informe de la comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas*”¹¹⁵. Se concluye que la regulación de las TRHA es el primero contenido sobre el que incide la ley.

Efectivamente, uno de los grandes objetivos de la ley se refiere a la prevención y tratamiento de enfermedades de origen

artificial conyugal y la inseminación artificial con semen de donante. Recordemos que se trata de técnicas desarrolladas hace años y que se realizan con gran profusión en todo el mundo. Así en nuestro país el Registro de la Sociedad Española de Fertilidad que recoge buena parte de los ciclos de reproducción asistida realizados en España contabilizó en el año 2002, 16.127 ciclos de FIV-ICSI, 2939 de donación ovocitaria y 596 de diagnóstico genético preimplantacional, así como 13606 de inseminación conyugal y 3571 de inseminación de donante. En cambio quedarían fuera otras técnicas de más reciente introducción como la congelación y posterior utilización de ovocitos, que para bastantes autores ya está adecuadamente acreditada científicamente, y la congelación de tejido ovárico, respecto a la cual hay consenso en la comunidad científica internacional respecto a su, por el momento, carácter experimental”. (Cfr. MATORRAS y DÍAZ MARTÍNEZ, *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dirigidos por LLEDÓ YAGUE y OCHOA MARIETA, Dykinson, Madrid, 2007, Op. Cit., p.26 ss).

¹¹⁵ COBACHO GÓMEZ e INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p. 26.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

genético pero con la condición de que se pueda comprobar la garantía del diagnóstico así como el suceso de la terapéutica (artículo 1.1 b)). Así, se puede “aprovechar” el embrión pero solo en los centros debidamente acreditados para tal efecto (artículo 12) y siempre para dos grupos de situaciones: para detección de enfermedades hereditarias consideradas graves que surjan precozmente y que no sea posible curarlas después del nacimiento o detección de otras situaciones anormales que puedan impedir la viabilidad del preembrión – es posible seleccionar los embriones saludables^{116/117} (incluso permitiendo la salvación de familiares enfermos)^{118/119}.

¹¹⁶ “Por su parte, el artículo 13.1 LTRHA dispone que cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo *in vitro* sólo podrá tener la finalidad de tratar o una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas. Se observa que las reticencias doctrinales y científicas acerca de la punibilidad de hacer un uso inadecuado del diagnóstico genético preimplantacional que pudiera desembocar en prácticas de eugenesia negativa están presentes en el texto legal, que impone restricciones y controles consistentes en permitir sólo el estudio genético de los preembriones para la detección de enfermedades hereditarias graves no susceptibles de tratamiento curativo posnatal o de otras (...) siendo exigible la comunicación posterior a la autoridad sanitaria competente”. (COBACHO GÓMEZ e INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., 27).

¹¹⁷ “...la aplicación de las técnicas de reproducción asistida “en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético” (...) hace referencia a la técnica del diagnóstico genético preimplantacional (DPI) (...) en su doble utilidad de forma muy precoz de diagnóstico de enfermedades a través del estudio genético de los preembriones obtenidos, lo que permite adoptar decisiones sobre cuáles serán implantados en el útero de la mujer, e instrumento terapéutico para terceros, empleando las técnicas de reproducción asistida para hacer posible el nacimiento de niños compatibles inmunológicamente con un Hermano enfermo. Sin duda, las reticencias



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

doctrinales y científicas acerca de la posibilidad de hacer un uso inadecuado del diagnóstico genético preimplantacional que pudiera desembocar en prácticas de eugenesia negativa...”. (Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dirigidos por LLEDÓ YAGUE y OCHOA MARIETA, Dykinson, Madrid, 2007, p. 35 y 36).

¹¹⁸ “En los Estados Unidos, algunos Estados prohíben el diagnóstico de preimplantación, mientras que en otros está permitido expresamente o carece de regulación. En aquellos Estados en los que está permitido o se carece de regulación, se parte de la posibilidad de practicar el diagnóstico de preimplantación también con fines de selección de sexo o de otras características. En los países europeos, en cambio, la práctica del diagnóstico de preimplantación con carácter general se tiene por prohibida, aludiéndose en particular a los casos de selección de sexo. No obstante, en buena parte de ellos se permite expresamente o, ante la ausencia de una toma de posición expresa de la ley, se tiene por permitida, en los casos en que se dé riesgo de graves enfermedades genéticas, lo que puede conllevar selección de sexo cuando la enfermedad hereditaria vaya asociada a aquél. Esto último sucede pese a la Carta de Niza de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000 (...) garantiza la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas. Así pues, parece más conforme con esta declaración general la regulación de países como Alemania, Italia, Austria, Suiza e Irlanda, en los que lo prohibición de la fecundación *in vitro* con diagnóstico de preimplantación no conoce excepciones. En (...) Holanda la cuestión se discute, sobre todo a la vista del tenor del art.16 de la Embryowet, que admite la autorización de investigación científica con embriones *in vitro*, siempre que vaya orientada a la producción de un embarazo. Porque a partir de esta determinación se convierte en decisiva cuestión de si el diagnóstico de preimplantación va orientado a la producción de un embarazo o en él es central la destrucción de la vida no deseada. Por la especial relación cultural con España, debe aludirse (...) a los casos de Francia, Alemania e Italia. La regulación francesa, de 29 de Julio de 1994, permite el diagnóstico de preimplantación solo en casos de enfermedades genéticas particularmente graves. Paradójicamente, sin embargo, (...) prohíbe “toda práctica eugenésica tendente a la organización de la selección de personas”(…) Frente a ello la Ley alemana de protección de del embrión (Embryonenschutzgesetz) (...) prohíbe penalmente, entre otras muchas prácticas, como la generación de embriones sobrantes en los procesos de fecundación *in vitro*, también el diagnóstico de preimplantación, lo prohibido (...) es la fertilización *in vitro* con cualquier outro fin que no se ala producción de un embarazo, lo que ha determinado que una minoría de



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Así, antes de abordar los cuatro grandes pilares de Derecho Civil en la LTRHA, creemos que es muy importante describir qué condiciones han que reunir quienes desean recurrir a la aplicación de las técnicas, es decir, los sujetos de las mismas, puesto que es fundamental para comprender la coherencia y homogeneidad del sistema preconizado por la presente ley y la Constitución.

Primero, las condiciones personales de aplicación de las TRHA están reguladas en el artículo 3 de la ley. Si bien implícitamente el art. 1, afirma que sólo a las mujeres podrán ser aplicadas las TRA. Evidentemente esa decisión legal está directamente relacionada con la propia naturaleza; incluso la

autores nieguen el carácter prohibido del diagnóstico y preimplantación, en la medida en que aquí también se trataría *lato sensu* de la producción de un embarazo. Por último, en Italia, la reciente Legge 1514 – Norma en materia di procreazione medicalmente assistita, de 10 de febrero de 2004 (...) admite la investigación clínica y experimental sobre cada embrión solo a condición de que con ellas se persigan finalidades terapéuticas del embrión mismo, para proteger su salud y desarrollo, y solo ante la ausencia de métodos alternativos (...) prohíbe bajo pena la selección de embriones con fines eugenésicos”. (Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “Genética y Derecho” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. IV, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p.151-153).

¹¹⁹ Cfr. SCHROTH, “Forschung mit embryonalen Stammzellen und Praimplantationsdiagnostik im lichte des Rechts”, Vandenoek & Ruprecht, Gottingen, 2002, p. 170-174.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

redacción del texto legal siempre se refiere a las mujeres¹²⁰ y siempre mediante previa aceptación de su aplicación¹²¹, con conciencia de los posibles riesgos que puedan derivarse, bien para la propia mujer durante todo el proceso de tratamiento y embarazo, bien para la posible descendencia de una maternidad obtenida, por ejemplo, en una edad inadecuada. Así, la ley pondera entre mantener una opción discutible, como permitir la aplicación y las TRHA en casos de límite de edad, y la voluntad de la pareja o mujer de lograr su proyecto, aunque con todos los referidos peligros y con todas las posibles consecuencias^{122/123}.

¹²⁰ Por ejemplo, en el apartado primero - “...se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables (...) de éxito, no supongan riesgo grave para la salud (...) de la mujer”, o en apartado segundo - “...transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer”.

¹²¹ En el apartado cuarto se refiere que - “La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación”, el cual podrá consultarse en los formularios de consentimiento informado propuestos por la sociedad Española de Fertilidad en la página web <http://www.sefertilidad.com> en 04-12-09.

¹²² En el mismo sentido, Cfr. DÍEZ SOTO, “Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”, dirigidos por LLEDÓ YAGUE y OCHOA MARIETA, Dykinson, Madrid, 2007, p. 105; ABELLÁN, *Reproducción humana asistida y responsabilidad médica. Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 142.

¹²³ Una breve nota paralela se puede efectuar en lo que respecta al ámbito subjetivo de la presente ley 14/2006 del 26 de Mayo y al anterior régimen - la ley 35/1988 de 22 de Noviembre - aquella ley parte del contenido de su anterior régimen legislativo, al mantener la posibilidad de la mujer sola acceder a las técnicas. Pero la redacción dada viene solucionar una cuestión



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Ahora podemos preguntar cual es la gran diferencia de régimen en relación a la ley portuguesa – ¿Que mujeres? Hemos visto, *vide supra* 3.3. que según la LPMA portuguesa sólo pueden acceder a las TRHA mujeres casadas. Cuando alude a la mujer receptora, la ley española, así como la portuguesa, se refiere también a mujeres mayores de edad¹²⁴, con plena capacidad de obrar, pero, y ahora diferente de la portuguesa,

ya debatida en la doctrina sobre el consentimiento del marido, caso la mujer sea casada: el antiguo diploma previa en su artículo 6.3 “si estuviera casada, se precisará además el consentimiento del marido con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehaciente.” Se ponía en causa aquí la constitucionalidad de esta norma por cuanto, segundo Gómez Sánchez, “esta previsión de la TRA es inconstitucional en tanto limita la libertad de la mujer y su derecho a la reproducción sin justificación razonable, sujetándola a una autorización marital absolutamente incompatible con el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad procreativa” (GÓMEZ SÁNCHEZ, “El Derecho a la reproducción...”, Op. Cit., p. 96 y ss); La solución dada por la actual ley efectuó una previsión más simple e más ligera: “Si la mujer estuviera casada se precisará además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente (...).” - pensamos que el legislador con esta previsión quiso encuadrar los casos de inseminación artificial con el semen del cónyuge o compañero, que no se permite sin su consentimiento, como es evidente no se puede permitir la utilización del semen de este contra su propia voluntad.

¹²⁴ Los dieciocho años señalan el inicio de la aptitud para actuar generando efectos jurídicos (sea para el propio o para terceros); pero, aunque la ley no lo señala expresamente, hay que subrayar que a las incapacitadas también esta vedado el recurso a las TRHA, puesto que, lo importante es la capacidad real de la mujer a un juicio subjetivo de querer, o no, un embarazo y conseguir proporcionar buena educación y sustento de un niño.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

con independencia de su estado civil¹²⁵ (casada, en unión de hecho o soltera y sin pareja) o de su orientación sexual (artículo 6, apartado primero) – así, es suficiente que sea mujer y decida, cumpliendo lo legalmente previsto y su voluntad, tener hijos¹²⁶.

¹²⁵ La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, consentía (aunque en la Exposición de Motivos) su aplicación en una mujer sola. En su esencia está el derecho de igualdad y el de fundar una familia procreando con recurso a las técnicas de procreación asistida. Todavía, el mismo legislador de 88 previó que esta permisión sería polémica y muy criticada con el argumento de que los niños deberán integrarse en una relación familiar dicha normal, o sea, con madre y padre, simultáneamente, más saludable al desarrollo del menor. En este sentido, Cfr. VILA-CORO, *La Reproducción Asistida en la mujer sola*, R.G.D., Mayo, 1992, p. 3901-3934; LLEDO YAGUE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 94 ss; MORO ALMARAZ, *Aspectos Civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Bosch, Madrid, 1988, p.193 ss. En sentido opuesto, MONTES PENADES, *El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, p.94 ss, CARCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 131-136.

¹²⁶ A propósito del consentimiento de la pareja o de saber si es necesario que la mujer sola también tenga problemas de infertilidad vease lo que escribe ANA DÍAZ MARTÍNEZ: “El texto del Proyecto de Ley 121/000039 (...) recogía (...) que se trataba de “facilitar la procreación de casos de esterilidad”, ciertamente sin definir si los usuarios de las técnicas habían de ser necesariamente una pareja o podía serlo, también una mujer sola, eso sí, en este caso necesariamente estéril. Este inciso, que todavía aparecía en el texto del Informe de la Ponencia (B.O.C.G. Congreso de 20 de diciembre de 2005), desaparece, sin embargo, del que se remite desde el Congreso de los Diputados para su tramitación en el Senado y así ha sido aprobada definitivamente la Ley. En todo caso (...) fue objeto de sendas enmiendas, del G.P. Izquierda Verde (...), que pretendían el reconocimiento del derecho a la maternidad no vinculado a situaciones de patología médica ni siquiera a una genérica infertilidad. Tales enmiendas no fueron aprobadas e incorporadas en su literalidad al texto legal, pero creemos que su espíritu sí se ha infundido a la Ley 14/2006, de modo que las técnicas de reproducción asistida, ante el silencio legal al respecto, pueden utilizarse con finalidad procreativa tanto por parejas heterosexuales, casadas o no, con problemas para ser padre o madre por vía natural, como por mujeres sin pareja y sin problemas de fertilidad y por parejas, casadas o no, compuestas por dos



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

mujeres, que desean hacer realidad su deseo de maternidad (...) En todo caso, el texto de la ley carece de las imprescindibles previsiones sobre el papel y, en su caso, intervención en el proceso de la mujer que sea pareja de hecho o esposa de la que se someta al tratamiento de reproducción asistida, obviando de este modo la utilización de estos medios como sistema alternativo de procreación por las parejas de mujeres con deseos de maternidad. A mi modo de ver, no restringida la aplicación de las técnicas de las parejas heterosexuales con problemas de infertilidad, es necesario concretar si, en los casos de parejas de mujeres, la que no va a intentar personalmente la gestación ha de dar siempre su consentimiento para que la otra lo haga, asumiendo así una maternidad legal, si ello sólo será preciso en los casos en que exista vínculo matrimonial o si, incluso en estas circunstancias, carece de sentido su intervención por no ser posible en nuestro sistema jurídico la doble maternidad y, en consecuencia, estar privado ese hipotético consentimiento de efectos jurídicos en materia de filiación. En mi opinión, una vez que se ha dado el paso de admitir una doble maternidad a través de la adopción por la pareja del hijo que la otra mujer ha alumbrado tras la utilización de las técnicas de reproducción asistida (Autos de Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona de 22 de enero de 2004 y 25 de enero de 2005), y que está reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005), no parece un sinsentido admitir esa aludida doble maternidad sin necesidad de recurrir a la adopción, siendo como es la paternidad, en los casos de reproducción asistida de parejas heterosexuales que emplean semen de un donante, puramente legal y por completo dissociada de la biológica. De todos modos, parecen imprescindibles ciertos cambios legales en materia de filiación, no introducidos con esta Ley 14/2006, para que el ordenamiento jurídico español dé forma a esta doble maternidad nacida de la reproducción asistida, ámbito donde, al igual que en materia de adopción, la filiación es más un concepto jurídico que natural. No se olvide, sin embargo, que el empleo de técnicas de reproducción asistida desvinculadas de la solución médica de problemas de fertilidad – en mujeres solas y parejas de mujeres – parece, por el momento, limitada al ámbito privado, pues el sistema sanitario público sólo contempla como prestación financiada por fondos de esta naturaleza el “diagnóstico y tratamiento de la infertilidad” (...), no la utilización de estos tratamientos como instrumento para dar cauce a un deseo de maternidad que no desea satisfacerse con la procreación natural.” (DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas...” Op. Cit., p.34 y 35).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En los casos de las mujeres casadas, es indiscutible la necesidad del consentimiento de su marido, y eso es lo que dispone el artículo 6.3.

A su vez, en casos de separación, sea legal, judicial o convenida, como no hay verdadero matrimonio, no puede tenerse en cuenta la presunción legal de paternidad del artículo 116º del Código Civil¹²⁷.

La presente legislación, opuestamente a la portuguesa, otorga verdadera protección a toda persona que tiene derecho según la Constitución Española.

Evidentemente, la “Constituição da República Portuguesa” sostiene también la igualdad y no discriminación entre ciudadanos portugueses, en virtud, por ejemplo, de su sexo u orientación sexual, pero, a pesar de la orientación de la ley suprema, la LPMA no ha tenido en cuenta esos presupuestos durante la formación de la misma.

¹²⁷ En el mismo sentido MARTÍNEZ-CALCERRADA afirma que “En el caso de separación (en cualquier de sus especies, legal, judicial o convenida) no concurre el emparejamiento matrimonial y (...) no funciona (...) la presunción de paternidad”. (Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial*, Central de Artes Gráficas S.A., Madrid, 1989, p. 273).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

No obstante, lo que se dice, no puede dejar de subrayarse que las técnicas de reproducción no pueden utilizarse siempre que se quiera, sino sólo cuando haya posibilidades razonables de éxito y que no se pongan en riesgo la salud de la mujer o de su descendencia – aunque la ley no especifique

“cabe deducir claramente de esa condición de no poner en riesgo la salud psicofísica de la madre o de la posible descendencia, que no se practicará cuando las técnicas de reproducción asistida supongan riesgo de enfermedades graves como el SIDA, hepatitis C, sífilis, infecciones, rubéola, virus, contagios (...) en cuanto a la salud psíquica se trata de evitar que la aplicación de estas técnicas ocasionen a la mujer o a la posible descendencia alteraciones psicológicas que hagan a estas personas mentalmente incapaces de soportar la maternidad o las tensiones propias de la vida”¹²⁸.

Se puede hacer una última apreciación relativa a uno de los pilares consagrados en la ley, que el contrato de donación no tiene costes. En efecto, la ausencia de importes ya estaba declarada en la LTHA de '88, tal como se ha mantenido en la actual ley española y portuguesa.

¹²⁸ COBACHO GÓMEZ y INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p. 46-47.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Se cumple aquí la tradición, en el campo ético-jurídico¹²⁹, de no comercializar única y exclusivamente teniendo en mente el lucro con la donación de gametos – de ahí su inclusión en las infracciones graves (art. 26º, nº 2, al. b)). La ley portuguesa prohíbe la venta de semen, ovocitos y embriones en el art. 18º.

En sede del contrato de donación español, cabe señalar la opción del legislador de mantenerse fiel a la redacción dada por la TRHA de 88, en lo que concierne al anonimato del donante, que fue objeto de controversia y de debates sobre su (in)constitucionalidad¹³⁰.

¹²⁹ Consejo Europeo, a través del Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros, que señala que la donación de óvulos, del esperma y de los embriones y cualquier elemento obtenido por estos no puede tener lugar si del mismo resulta algún beneficio, “Solo podrán ser reembolsados al donante las pérdidas de salario, así como los gastos de desplazamiento u otros directamente causados por la donación (LUIZ GONZALÉS MORÁN, “Aspectos jurídicos de la procreación...”, Op. Cit., p. 130).

¹³⁰ Entre algunos de los argumentos utilizados, podemos mencionar la opinión de GOMÉZ SANCHEZ, que afirma que la Constitución reconoce la posibilidad de la investigación de la paternidad (art. 39.2), posibilidad ampliada por la ley civil en la investigación de la maternidad (art. 127.1 do Código Civil Español), y negando a posibilidad de conocer su origen biológica e genética a la crianza sería frustrar sus derechos y obligaciones; avanza también que “ el anonimato de los donantes conculca el principio de igualdad constitucional (arts. 9.2 y 14), ya que los hijos nacidos por medios naturales pueden, en todo o caso, instar la investigación de la paternidad, y la maternidad biológica, posibilidad que se impide en el supuesto de lo nacidos mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida”.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Cabe efectuar una última observación en lo que concierne a la ley portuguesa y española en esta materia: podemos verificar, procedente de la LTHRA de '88, la regulación del contrato de donación, y el régimen que reglamenta la relación entre donante y el centro autorizado y los términos en que ella se verifica.

No obstante, los diversos debates doctrinales que se han observado relativos a la donación de gametos, embriones y semen, y su relación de confidencialidad o anonimato del donante en la ley portuguesa, el legislador portugués opta, curiosamente, por no designar expresamente “contrato de doação” como lo hace el legislador español, que llega, a expresar que tipo de contrato es¹³¹ – vemos aquí la resistencia del portugués, no sólo en relación a los contratos de donación, sino también, de un modo general, a las técnicas de procreación medicamente asistida.

(GÓMEZ SÁNCHEZ, “El Derecho a la reproducción...”, Op. Cit., p. 115 – 117).

¹³¹ En el artículo 5.1 refiere “...es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”

III - Particular enfoque de la Maternidad por Sustitución en el Contexto Ibérico



5. Régimen Jurídico de la Maternidad por Sustitución en la Península Ibérica

5.1. Maternidad por Sustitución en el Ordenamiento Jurídico Portugués

*La fuerza de la maternidad es mayor que las leyes de la
naturaleza.*

Barbara Kingsolver

Varias son las palabras usadas para designar esta realidad, desde la maternidad por sustitución, a madre portadora, hospedera o incluso “vientre de alquiler”¹³², terminología más común en Brasil.

¹³² Oliveira Ascensão prefiere la designación “gestação para outrem com base em acordo de gestação”, el mismo autor evita hablar de maternidad. (Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, “O início da vida” en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008 p.23).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Segun Vera Lúcia Raposo, la maternidad de sustitución “*traduz-se no acto de uma mulher gerar um filho que não pretende manter para si, mas sim entregar a outrem*”¹³³.

En cuanto al tema, afirma la LPMA que la maternidad de sustitución es “*qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*” – art. 8º, nº 2¹³⁴.

La ley portuguesa optó por adoptar el término de “*maternidade de substituição*”. Esta no es la solución defendida

¹³³ RAPOSO, V.L., “Lex Medicinæ”... Op. Cit., p. 125.

¹³⁴ “No tratamento doutrinário da matéria, é já clássica a alusão a dois casos, um que é descrito no Antigo Testamento e outro que foi submetido à apreciação dos tribunais norte-americanos no séc. XX. O caso bíblico é o de Raquel que cedeu uma serva ao marido Jacob para que ela gerasse um filho em nome da sua dona. O caso do bebé M, norte-americano: o casal Stern celebrou um contrato com Mary Beth Whitehead, mediante o qual todos concordavam que Mary Beth fosse inseminada artificialmente com espermatozoides do Sr.Stern, com o objectivo de dar à luz uma criança que entregaria ao mencionado casal; todavia, após o parto, Mary Beth e o respectivo marido recusaram-se a entregar a criança (...) não faltam situações mais recentes (...) p.e., a de uma mulher norte-americana que gerou três gémeos para a sua filha e, em especial, a do bebé Charlie, cujo nascimento em Junho de 2005 se deveu à colaboração de três irmãs, Alex Patrick, Charlotte e Helen. Charlotte, irmã gémea de Alex doou um óvulo, que foi fecundado no laboratório com espermatozoides do marido de Alex. O embrião foi implantado no útero de Helen. Terminada a gravidez, Helen entregou a criança a Alex, que foi reconhecida como mãe legal do menor em Novembro de 2005 por decisão de um tribunal londrino”. (Cfr. DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora – a problemática da maternidade de substituição”, en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008, p.324 e 325).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

por el Profesor Doctor Oliveira Ascensão, que prefería designarla “*gestação para outrem*”¹³⁵.

En efecto, uno de los fundamentos que este autor invoca es que la definición de la maternidad de sustitución, ultrapasa el dominio de la PMA, pues no es requisito de ésta, la utilización de gametos de uno o de ambos miembros de la pareja de recepción. “ (...) *bastaria falar em gestação para outrem, que é o que na realidade se verifica*”.

Tampoco es la designación propuesta por el CNECV, aunque afirma que ninguna será éticamente imparcial. Prefiere la expresión “*gravidez de substituição*” (embarazo por sustitución) o “*grávida para outrem*” (embarazada para otros). Explica el CNECV que designarle maternidad es perjudicar el concepto que subyace a la maternidad¹³⁶, motivo por el cual rechaza llamarle maternidad¹³⁷.

¹³⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei 32/2006 sobre...”, Op. Cit., p.42.

¹³⁶ “No caso vertente, perante a fragmentação verificada na unidade dos diversos componentes naturais da maternidade (genético-uterina-social), terá sentido chamar mãe a uma mulher que, *a priori*, admite limitar-se a disponibilizar o seu útero para uma gestação?

Entendemos que, objectivamente, se lhe deve chamar grávida de substituição, grávida para outrém (*grossesse pour autrui*).

Chamar-lhe mãe de substituição supõe aceitação da fragmentação do conceito de maternidade e a subalternização do papel da grávida, e implica a possibilidade de haver mais do que uma progenitora biológica (...) o que

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Compartimos la opinión de Oliveira Ascensão – gestación por cuenta de “*outrem*” o “*para outrem*” – por razones de índole diversa. El concepto de maternidad se tiene en cuenta para efectos de establecimiento de filiación (art. 1796º, nº 1 y 1803º y ss do CC), significando esto que quien pare un niño es su madre. El legislador, al designar maternidad por sustitución a esta técnica de procreación, parece sugerir la idea de un establecimiento previo de filiación a la gestante, como si de una madre sustituta se tratara. Nos parece una expresión poco apropiada, por cuanto ese término parece ir más allá de lo que la propia definición del art. 8º, nº 2 establece. Ésta se refiere a situaciones en que una mujer lleva adelante un “embarazo a favor de otra” y, ajena a la finalidad de ese embarazo, entrega al niño, después del parto, renunciando a los poderes y deberes inherentes a la maternidad.

fere em definitivo o conceito de maternidade e é, em si mesmo e a todos os títulos (...), distinto da mera doação de gâmetas. Doar gâmetas, doas células reprodutoras, não é doar uma criança que se gerou e se pariu”. Cfr. Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de Substituição, CNECV, Marzo, 2012, p.24.

¹³⁷ En el mismo sentido PATRÃO NEVES, M. do C. y OSSWALD, W., “Bioética Simples”, Verbo, Lisboa, 2007, p. 25; CHANGEUX, J-P y RICOUEUR, P., *La Nature et la règle*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1998, p.192.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Por estos motivos, nos parece más correcta la expresión “gestação por conta de outrem”, por ser técnicamente más rigurosa y por ser en la realidad lo que se verifica.

Esta terminología es la usada, por ejemplo, por el legislador brasileño, que utiliza el termo de “gestação de substituição”¹³⁸.

Sin embargo, ésta no fue la terminología adoptada por el legislador portugués y, por lo tanto, seguiremos utilizando la expresión “maternidad de sustitución” y, aunque no sea desde nuestro punto de vista el más adecuado, es el término legalmente asignado.

Dicho esto, podemos establecer las diferentes modalidades de maternidad de sustitución:

- Cuando el embarazo de la madre de gestación deriva del acto sexual o del recurso a técnicas de PMA¹³⁹ (es esta última que ocupa el presente estudio).

¹³⁸ Como dispone la Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.3598/92, vol VIII, en Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida.

¹³⁹ El Caso bíblico del adulterio de Jacob, además, consentido y incentivado por Raquel, se encuadra en la primera situación. “Hoje em dia, a maternidade de substituição opera sobretudo mediante o recurso a técnicas

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- Cuando el ovocito es de la madre de gestación (maternidad de sustitución genética) o no (maternidad de sustitución puramente gestacional), es decir, que pertenece a la madre de recepción o a una tercera (donante) ^{140/141}.
- Cuando esté subyacente alguna contrapartida patrimonial o no, en cuyo caso se habla de maternidad de sustitución a título oneroso o gratuito.
- Maternidad de sustitución intra-familiar o extra-familiar, dependiendo de haber o no vinculo familiar entre la madre de sustitución y la madre de recepción.

de procriação medicamente assistida: p.e., inseminação artificial da mãe de gestação com espermatozóides do elemento masculino do casal de recepção”. (DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 327).

¹⁴⁰ “Alguma doutrina reserva a expressão mãe portadora justamente para a mãe de gestação que não contribuiu com o óvulo. Nesta hipótese de mãe meramente portadora, o ovócito pode pertencer ou não à mãe de recepção, haverá uma terceira mulher, que designaremos como mãe dadora”. (DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 328).

¹⁴¹ Cfr. RAPOSO, V.L., “De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p.140, llega a considerar un ejemplo en que es posible tener cinco madres: primero, madre de sustitución; segundo, madre de recepción; tercero, donante del ovulo; cuarto, la proveedora del ADN mitocondrial para enriquecimiento del ovocito en causa; y quinto, la donante de un núcleo que será transplantado y dará origen al embrión.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Efectivamente, hay que destacar que, aunque la maternidad de sustitución no sea legalmente permitida en nuestra legislación (art. 8º, nº 1 LPMA), la doctrina ha analizado este tema y especialmente el contrato de gestación.

La maternidad subrogada incluye, tres fases: negociación, celebración del acuerdo (presumiblemente entre la madre de gestación y la madre¹⁴² de recepción, pudiendo intervenir terceros – los respectivos maridos o compañeros¹⁴³) y el cumplimiento de lo estipulado. Es decir, concepción o implantación del embrión, embarazo, el parto y la entrega del niño a la madre de recepción, juntamente con el reconocimiento de que esta es titular de las situaciones jurídicas maternales (y posiblemente, su marido, titular de las situaciones jurídicas paternales).

¹⁴² Hablamos de “madre” teniendo en cuenta el paradigma de familia tradicional pero podríamos hablar de un hombre miembro de la pareja homosexual.

¹⁴³ Como norma, la intervención de los maridos se hace a través del consentimiento que, para el “padre de recepción” es sinónimo de voluntad de asumir la paternidad del niño. En cuanto al “padre de gestación” (cuando sea el caso de este intervenir, por alguna vía, en el proceso, por ejemplo, por ser donante de gametos), ese consentimiento significa, no solo el compromiso de entrega, sino también el compromiso de que la maternidad será adjudicada a la madre de recepción y aceptación que el propio no es el padre.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Sin embargo, en caso de negarse a la entrega, aunque se explicita que en Portugal la maternidad por sustitución no es legal, la ley portuguesa considera siempre como madre, la mujer que suporta el embarazo. En estos casos se aplica la norma de determinación de la filiación establecida en el art. 1796º, nº 1, del Código Civil¹⁴⁴, aunque genéticamente no haya contribuido a la gestación del niño, lo que termina por discriminar el tratamiento de situaciones de infertilidad. Esto es, olvida que la infertilidad femenina puede no solo tener origen en causas ovulares sino también en situaciones de origen gestacional – por ejemplo, ser incapaz de llevar a término un embarazo – hecho que no significa que ésta no sea una causa de infertilidad, motivo por el cual debería ser objeto de atención.

Esto significa que la imposibilidad de lograr un embarazo, “hasta el alumbramiento”, es una causa de infertilidad, mereciendo por eso una solución legal diferente.

Parece algo contradictoria esta solución, y hasta contraria al interés superior del niño, al atribuir la maternidad a la madre de sustitución o portadora, cuando es la madre de recepción la que declara desde el inicio el mayor deseo de

¹⁴⁴ Art. 1796º – Estabelecimento da filiação –

“ 1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto nascimento e estabelece-se nos termos do art. 1803º a 1825º.”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

asumir el papel maternal y no la madre de sustitución que renuncia expresamente a sus poderes y deberes de maternidad.

Sin embargo, el Profesor Oliveira Ascensão¹⁴⁵, analiza esta cuestión y explica el motivo por el cual entiende que debería tenerse presente el criterio biológico.

La filiación, actualmente, tiene por base la derivación biológica. De hecho, la tradición romanista patente en el ordenamiento jurídico portugués, elabora en Derecho de la Familia, un cuadro legal en torno de una estructura familiar tradicional. En ese sentido, establecen la filiación de acuerdo con el criterio biológico o según el Profesor Oliveira Ascensão, o *princípio da continuidade biológica*¹⁴⁶, comprometiéndose con la idea-principio-base, de que todo ser humano tiene una madre y un padre biológicos y que por lo tanto, la existencia de lazos de sangre es demostrativa de la filiación. El legislador continúa atribuyendo la maternidad con base en el nacimiento, no obstante, existen hipótesis de las madres gestantes que no han contribuido con su ovulo sino que han recibido una donación de ovocitos.

¹⁴⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Procriação assistida e direito” en *Estudos em Homenagem ao Professora Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol.I, Almedina, Coimbra, 2000, p.667 a 669.

¹⁴⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei nº 32/2006...”, Op. Cit., pp. 42 y 43.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Se debería tener en cuenta la verdad biológica para otro tipo de situaciones. Efectivamente, este hecho tiene mayor relevancia, sobretodo si pensamos en el régimen de impedimentos matrimoniales, arts. 1602^o¹⁴⁷ y 1604^o¹⁴⁸ del CC, el cual “aparentemente” no conoce excepciones. Incluso, la *ratio* de este régimen radica en la posibilidad, no tan académica cuanto se pueda pensar, de un hijo que se casa con la madre, como Édipo, si atentamos exclusivamente al criterio “gestación”¹⁴⁹.

Añade el mismo autor, que:

¹⁴⁷ “Impedimentos dirimentes relativos – São também dirimentes, obstando ao casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes:

- a) o parentesco na linha recta;
- b) o parentesco no segundo grau da linha colateral;
- c) a afinidade em linha recta; ...”

¹⁴⁸ “Impedimentos impeditivos – São impedimentos impeditivos, além de outros designados em leis especiais:

- c) o parentesco no terceiro grau da linha colateral;
- e) o vínculo da adopção restrita; ...”

¹⁴⁹ Y no es todo, podríamos añadir una serie de situaciones semejantes: unión entre hermanos biológicos, entre tío(a) y sobrino(a), padre e hija, abuelo(a) y nieto(a). Estas situaciones son absolutamente inaceptables, por cuanto los hijos de estas parejas tendrían fuerte probabilidad de sufrir las consecuencias (muy) desfavorables de la consaguinidad.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

“...a filiação significa sempre integração numa estirpe. Prevalece a família de sangue. Por isso, quando sobrevier uma gestação sem derivação biológica, é a gestação quem deve ceder. A chave genética é o elemento de imputação essencial (...) a mera portadora não pode ser a mãe. E isto não por ter eventualmente celebrado um contrato em que renuncie a quaisquer direitos (...) é, sim, por a gestação não ser o critério decisivo da maternidade. E contra isto não adianta dizer que as leis de família contêm passos que referem inequivocamente a gestação. Também referem a derivação biológica.”¹⁵⁰

Podemos entonces deducir que estamos delante de una contradicción: si en el contrato de gestación se admite que la madre de gestación prescinda de sus “derechos”, ¿Cómo admitir que, en caso de desacuerdo, la maternidad le sea atribuida a ella? ¿No desvirtuará también los propios objetivos para los cuales la PMA ha sido pensada?

En efecto, esta solución se basa en varios factores justificativos, específicamente el hecho de que la ley asocia directamente a la maternidad el acto de dar a luz – repercutiendo aquí una vez más el concepto tradicional de creación de familia explicado anteriormente y que la ley admite.

¹⁵⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Procriação assistida...”, Op. Cit., p.668.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En este sentido, teniendo nosotros una normativa legal que protege la familia tradicional, no es extraño que la ley hostilice las técnicas reproductivas (de un modo general) y la maternidad de sustitución (en especial), actuando en una línea defensiva, por cuanto aquellas técnicas son medios susceptibles de desafiar el concepto tradicional de familia (sin embargo, ya hemos visto que el concepto de la familia tradicional – padre, madre e hijo, se demostró claramente que no siempre funciona).

De hecho, el establecimiento de la filiación razonado en este criterio biológico del nacimiento tomado como criterio absolutista (con excepción de los casos de adopción, que no ocupan el presente trabajo) merece nuestro desacuerdo. Como ya tuvimos oportunidad de observar, la realidad social y cultural actual, justifica que este establecimiento de filiación debe ser asumido de otra forma.

Sabemos que el Derecho para ser eficaz, debe tutelar todas las situaciones y amparar las transformaciones sociales y culturales generadas por el desarrollo tecnológico. Éste es un principio que debe inspirar la construcción jurídica global, para que esa misma construcción legislativa no caiga en un vacío y no se adecue al contexto en el que está integrado.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Partiendo de esta línea de orientación, la maternidad por sustitución es una figura que debería merecer mayor reconocimiento, por cuanto se adapta a la realidad cultural y social, no viéndola como un obstáculo como se hizo creer a lo largo de mucho tiempo. Con ésto queremos añadir que la maternidad subrogada no debería ser totalmente desconsiderada a los ojos del legislador, en la medida que se traduce en un resultado de desarrollo tecnológico e investigación científico-médica, en la busca de una solución para las parejas que no tienen como alternativa otros recursos que no sea la maternidad por sustitución, como veremos más adelante.

Biológicamente, será madre aquella de donde provienen los ovocitos, pero eso no significa que debemos olvidar el propio embarazo. Es decir, la gestación provoca naturalmente una relación entre dos seres, y en no pocas ocasiones, la gestante se arrepiente de entregar el niño a la madre de destino, lo que demuestra la fragilidad, artificialidad e injusticia de todo el proceso.



5.1.1. El Contrato de Gestación

Hemos realizado algunas consideraciones respecto del concepto y aspectos jurídicos del Contrato de Gestación. Ahora queremos empezar el presente capítulo con la siguiente duda:

Si la madre de sustitución se niega a entregar el niño después del parto. *Quid Iuris?*

La origen de este problema es siempre un contrato – el contrato de gestación, como hemos advertido anteriormente.

La propia ley determina que éste pueda ser gratuito u oneroso (art. 8º, nº 2), pero le atribuye el valor jurídico de nulidad, por colisionar con la cláusula general de los bienes jurídicos y atentar contra la indisponibilidad de algunos bienes jurídicos fundamentales. Sanciona su práctica con pena de prisión hasta 2 años o con multa hasta 240 días, no sólo para las partes, sino también para quien los promueven “*por qualquer meio, designadamente através de convite directo, ou por interposta pessoa...*”, (estos, solamente se lo hicieren a título oneroso) – art. 39º, nº 1 y nº 2 LPMA.

Aun así, si la mujer que lleva a término la gestación se arrepiente y no entrega el niño y, de este modo, incumple el



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

contrato, se genera la duda de saber quien es la madre del menor, pues es a quien hay que proteger.

Oliveira Ascensão analiza la cuestión y la explica:

“Porque será o nexo de maternidade e não o vínculo negocial ou decisivo? (...) a intenção do legislador para dissuadir a prática destes negócios, impõe que produzam o efeito diametralmente oposto ao desejado por quem os celebra.” Continúa o autor, *“mas, se o objectivo é compreensível, o meio é incongruente. Porque não se joga com a maternidade a título de sanção. Esta atribuição de maternidade só se utiliza para conseguir objectivos de dissuasão. Mas o critério de atribuição de maternidade deve estar acima de quaisquer outras preocupações do legislador.”* ¹⁵¹

Por definición, los contratos son negocios jurídicos bilaterales y plurilaterales. Son acuerdos celebrados entre diferentes partes, dos o más y que así, rigen sus intereses, supuestamente con un objetivo común, independientemente si tienen o no diversas voluntades.

Siguiendo el principio de libertad contractual, corolario del principio de autonomía privada (art. 405º), pueden las partes constituir, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; estos efectos pueden, sin embargo, ser alterados.

¹⁵¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, “O início...”, Op. Cit., p.25.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Efectivamente, el *contractus*, tiene su fuerza jurídica en el consenso de las partes¹⁵².

Veamos sucintamente, los derechos y deberes de ambas las partes, a fin de determinar si el “contrato de gestación” es verdaderamente un contrato o no.

Compite a la madre portadora, delante de la madre de recepción, tres obligaciones principales: iniciar y completar el embarazo, entregar el niño y reconocer a la madre de recepción como “madre jurídica”, abdicando de la reclamación de sus derechos maternales.

Accesoriamente puede comprometerse a adoptar o no ciertos comportamientos durante el periodo de gestación, como

¹⁵² Sobre el concepto de contrato, Cfr. GALVÃO TELLES, *Dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, p. 11-21 e *Direito das obrigações*, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 54-55. CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I AAFDL, Lisboa, 1978, p. 313. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 10º ed., Almedina, Coimbra, 2000, p.211 ss. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações em Geral*, Vol. I, 6ª ed. Almedina, Coimbra, 1994, p.181 ss. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005 p.407-414. PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1975-1976, p. 61 e 62. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 361 – 379. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico – Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1996, p. 272.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

por ejemplo, alimentarse adecuadamente y/o no consumir alcohol o estupefacientes.

A su vez, la madre de recepción podrá obligarse, no sólo a pagar los gastos inherentes al embarazo, sino también un eventual valor añadido a esos gastos, lo que supone una verdadera retribución o compensación – mostrándose aquí el matiz oneroso del contrato.

Podemos, entonces, afirmar que tal hecho jurídico asume efectivamente, la naturaleza de un contrato, ya que ambas partes asumen verdaderas y serias obligaciones; hay un consentimiento, un objeto y una casusa. Es necesario entonces, determinar qué tipo de contrato es este.

No se puede afirmar que es un contrato de alienación, de compraventa, ya que, por definición, en este tipo de contrato, ocurre una transmisión de propiedad y su objeto incide sobre bienes (arts. 879^{o153} y 954^{o154} CC). Efectivamente, no estamos

¹⁵³ “Efeitos essenciais – A compra e venda tem como efeitos essências:

- a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito;
- b) A obrigação de entregar a coisa;
- c) A obrigação de pagar o preço.”

¹⁵⁴ “Efeitos essenciais – A doação tem como efeitos essenciais:

- a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito;
- b) A obrigação de entregar a coisa;
- c) A assunção da obrigação, quando for esse o objecto do contrato.”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

delante de esta situación. Un niño es una persona y no una cosa (art. 66º, nº 1 CC¹⁵⁵), es decir, un ser humano dotado de personalidad jurídica. Advierte el art. 67º CC, que las personas pueden ser parte en cualquier relación jurídica, o sea, tienen capacidad jurídica (pudiendo o no tener capacidad de obrar), permitiéndonos entonces afirmar, a *contrario*, que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas. Siendo así, el art. 280º, nº 1 CC, prescribe que “*é nulo o negócio jurídico cujo objecto jurídico seja física ou legalmente, contrário à lei ou indeterminável*”, bem como “*... o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo aos bons costumes.*” (art. 280 nº 2 CC).

Jorge Duarte Pinheiro afirma:

“Para mais, nos contratos de alienação, a obrigação principal do vendedor ou doador circunscreve-se à entrega do objecto, enquanto o contrato de maternidade de substituição engloba uma obrigação principal prévia à entrega da criança: a mãe de gestação vincula-se a iniciar e completar a gravidez”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ "Começo da personalidade –

1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.
2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.”

¹⁵⁶DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 329.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

De igual modo, no es un contrato de alquiler o comodato del útero, dado que en éste, una de las partes se compromete a proporcionar a la otra, el uso temporal de una cosa. Como se ha advertido, el cuerpo humano no es una cosa y en el contrato de gestación no hay simplemente la disponibilidad del útero para una gestación. A este hecho se asocian otros, específicamente el reconocimiento de la filiación jurídica en relación a la madre.

¿Entonces, cómo calificar el contrato de gestación¹⁵⁷?

Por supuesto, tendrá que ser encuadrado en un contrato atípico, similar a la prestación de servicios o, para ser más preciso, un contrato de prestación de servicios atípico, permitido por el art. 405º CC¹⁵⁸, según el cual se permite a las partes la celebración y estipulación de contratos diversos de los que se encuentran legalmente previstos legalmente.

¹⁵⁷ Aunque se podrá decir que falta lo principal de todo tipo de contrato: el objeto, es ilícito – el ser humano es una res extra-comercium por tanto puede criticarse diciendo que no encaja en ningún negocio jurídico, sea típico o atípico.

¹⁵⁸ “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a facultade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Según el art. 1154º CC, es contrato de prestación de servicios “*aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*”, siendo cierto que no podemos encuadrarlo, en una de las modalidades típicas enunciadas en el art. 1155º CC¹⁵⁹: mandato¹⁶⁰, deposito¹⁶¹ y arrendamiento¹⁶².

En suma, la característica que permite el encuadramiento del contrato de gestación a la prestación de servicios, se centra en el servicio prestado – “*gestação por conta de outrem*”, siendo la actividad, la propia gestación.

¹⁵⁹ **Art. 1155º – Modalidades do contrato** – “O mandato, o depósito e a empreitada, regulados nos capítulos subsequentes, são modalidades do contrato de prestação de serviço”.

¹⁶⁰ **Art. 1157º – Noção** – “Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra.”

¹⁶¹ **Art. 1185º – Noção** – “Depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida”.

¹⁶² **Art. 1207º – Noção** – “Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”.



5.1.2. Contrato de gestación a título oneroso y a título gratuito

El contrato de gestación oneroso motiva una cierta antipatía pues supone considerar a la persona, tanto el niño como la madre de gestación, como objetos comerciables.

Llama la atención abordar el contrato de gestación como servicio o actividad, mediante el cual se ignora la naturaleza de la propia persona y su dignidad (atentando, por ejemplo, contra el expuesto en el art 67º, nº 2 e) CRP¹⁶³).

Guilherme de Oliveira incluso afirma que estos contratos son equiparables a publicidad o promoción de bebés a los “precios más bajos” o “ventas en segunda mano”¹⁶⁴, llegando incluso, aunque indirectamente, a comparar la gestación con la compra de “servicios sexuales”¹⁶⁵.

¹⁶³ “Família –

(...) 2- Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”

¹⁶⁴ GUILHERME OLIVEIRA, “Mãe há...”, Op. Cit., p. 22 e 23.

¹⁶⁵ GUILHERME OLIVEIRA, “Mãe há...”, Op. Cit., p. 26.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En cambio, no genera tanta inquietud aceptar el contrato de gestación a título gratuito, por varios motivos: desde luego, porque promueve la solidaridad e abnegación entre los que pueden tener hijos y las parejas (o mujeres) infértiles, sobretodo si nos situamos fuera del ámbito familiar. Por otro lado, por eliminar una situación de discriminación, además plasmada en la ley, de las parejas infértiles en comparación con los otros que logran tener hijos por otros medios.

La ley portuguesa acaba por apostar por una solución que, si bien conciliadora y hasta simpatizante de este tipo de solución, no resuelve totalmente la cuestión.

Así, conforme indica el art. 8º de la LPMA, se declara la nulidad de los contratos de gestación; sin embargo, no prevé la sanción de la maternidad de gestación cuando esta no revista carácter oneroso (art. 39º).

La nulidad del contrato ya tiene en sí misma un efecto disuasorio, aunque no se prevé cualquier consecuencia penal en situaciones de contratos gratuitos, pero la consecuencia en el plano psicológico podrá ser bastante dura para la pareja de recepción, en la medida que es frustrada la expectativa de ser padres, con la atribución legal de la filiación a la madre de gestación.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Guilherme de Oliveira¹⁶⁶ invoca, entre otros, dos argumentos que van contra la licitud y validez del contrato por contrariedad a los principios informadores del Derecho de la Familia, específicamente el principio de la taxatividad de los medios de regular el destino de los menores y la contrariedad a los principios de orden público en esta materia. Afirma este autor que:

“ ... o consentimento que a mulher geradora presta antes da própria inseminação nunca poderia ser considerado aceitável num sistema (...) onde vigora um regime tão cuidadoso como o do artigo 1982º/3 do CC¹⁶⁷; na verdade, segundo este artigo, a mulher que pretende ceder o seu filho para a adopção só dá um consentimento válido quando tiver decorrido um mês depois do parto. Este regime pressupõe que a vontade da mulher precisa de amadurecer perante as circunstâncias concretas do nascimento, para que não se corra o risco de que ela tome uma decisão tão grave de uma forma precipitada. Nestes termos, como poderia aceitar-se (...) uma

¹⁶⁶ GUILHERME OLIVEIRA, “Mãe há...”, Op. Cit., p.60 e ss.

¹⁶⁷ Según el artículo, “a mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto”. Del mismo modo, varios autores añaden también al art. 1983º CC, a modo a justificar que, si la mujer que da el consentimiento para la adopción, lo puede derogar en un plazo de dos meses después del niño nacer, la misma posibilidad es reconocida a la madre de sustitución. De igual modo, añade también al art. 1882º CC, el cual determina que los padres no pueden renunciar al poder paternal, fuera de los casos previstos en materia de adopción. Estos argumentos no proceden por el mismo motivo alegado para el art. 1982º/3 CC – no hay analogía entre las situaciones.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

declaração de consentimento para gerar e entregar o filho ainda antes da inseminação e da concepção?

- a mulher infértil que pretende vir a assumir a condição de mãe adoptiva não pode criar expectativas de obter a satisfação do seu desejo; a aceitar-se o plano traçado pelos contraentes seria pequeno o passo que a mulher iria dar no sentido de que lhe fosse reconhecido um direito subjectivo à adopção da criança, para poder levar até ao fim as consequências de um contrato ilícito.”

Las razones invocadas, por Guilherme de Oliveira, no nos parecen determinantes.

Así, es dudoso que se pueda aplicar analógicamente el régimen del consentimiento adoptivo; podremos incluso añadir que, mientras se compare la maternidad de sustitución a la adopción, ciertas restricciones y barreras continuarán existiendo.

Tampoco nos parece que haya propiamente violación de los principios de orden público¹⁶⁸ o que se viole la referida “*taxatividade dos meios de regular o destino dos menores*”¹⁶⁹.

A éste respecto podremos decir que, defendiendo la maternidad por sustitución como técnica admitida, aunque a

¹⁶⁸ Como desarrollaremos abajo.

¹⁶⁹ En el mismo sentido DUARTE, T., “In Vitro Veritas...”, Op. Cit., p. 91.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

titulo excepcional, estaríamos salvaguardando y protegiendo el destino de los menores, como justificaremos más adelante.

En cuanto al carácter oneroso del contrato de gestación (en el art. 39º LPMA) queda por determinar qué debe entenderse por “carácter oneroso” y en que circunstancias y situaciones se considera que deben ser sancionados criminalmente.

Cuando el legislador se refiere a carácter oneroso, ¿se refiere a cualquier costo existente en el “proceso de maternidad de sustitución”, desde gastos de hospital, a médicos, a medicamentos y una eventual compensación monetaria o se refiere a las compensaciones monetarias derivadas del eventual “alquiler del útero”?

Nos parece que sólo merecería juicio de censurabilidad si la compensación monetaria por este alquiler no tuviera otra aparente justificación y objetivo que ser lucrativo. Pero no tiene sentido la hipótesis de una mujer que de modo altruista y en un sentido de solidaridad soporta el embarazo para la pareja y soporta todos los costos naturales.

Sobre esta cuestión es importante hacer referencia a la opción dada por el legislador, de no criminalizar la maternidad de sustitución a titulo gratuito.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Entre otras cuestiones, se dicutió la inconstitucionalidad de la ley 32/2006 relativa a la permisividad dada por la ley al “negocio” gratuito de la maternidad de sustitución en el sentido de no sancionarla criminalmente. En efecto, entendió el Tribunal Constitucional en al Acórdão nº 101/2009¹⁷⁰, que no merece censura constitucional tal permisividad. Aunque haya bienes jurídicos de tutela en el plano constitucional, hay un margen libre de apreciación por parte del legislador en el sentido de buscar y establecer las medidas penales adecuadas para proteger esos bienes; además,

“... as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido, e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa protecção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo”¹⁷¹.

¹⁷⁰ D.R., 2ª série, nº64 de 1 de abril de 2009, accesible en http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf, consultado el 06/09/2012.

¹⁷¹ Acórdão 101/2009 do Tribunal Constitucional, <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/Acordaos09/101-200/10109.htm>, consultado em 2011-01-30.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También se menciona en ese Acórdão que:

“é necessário ter em conta que a maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora(...)” e por isso, o legislador “pode legitimamente optar por não criminalizar condutas que embora tenham resultados indesejáveis do ponto de vista social, se situam em contextos pessoais e emocionais de tal forma complexos que se torna difícil formular um juízo global de censura, nos termos em que tal juízo vai pressuposto em toda a sanção penal.”

Podemos observar en este Acórdão una corriente un poco menos restrictiva y punitiva de la maternidad por sustitución, por lo menos respecto a la gratuita; es patente un menor juicio de censurabilidad que se traduce en la opción de no sancionarla criminalmente.

En suma, podemos concluir que una corriente jurisprudencial da un paso más en el sentido de recibir la figura de la maternidad de sustitución y admitir la viabilidad de la misma, aunque sea en casos muy especiales y muy indirectamente.



5.1.3. Valor, licitud y admisibilidad del contrato de gestación

Como hemos constatado supra, el Derecho Portugués sanciona con nulidad todo el contrato de gestación (art. 8º LPMA).

Esta tendencia es compartida tanto por la legislación Española¹⁷² (art. 10.1 de la Ley 14/2006 del 26 de Mayo¹⁷³), como por la legislación francesa (art. 16-7 CC¹⁷⁴) o por la Alemana (§ 1 Nr. 7 de la Embryonenschutzgesetz – Ley de la Protección de Embriones¹⁷⁵).

Efectivamente, en los sistemas Romano-Germánicos, predomina esta prohibición, lo que no ocurre en los sistemas

¹⁷² Subraya también la SAP Valencia de 15 de septiembre de 2010 que el contrato de gestación es nulo.

¹⁷³ “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”

¹⁷⁴ “Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d’éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci. “

¹⁷⁵ “1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer (...) es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Anglosajones¹⁷⁶, aunque haya una línea de orientación diferente en Inglaterra y en los Estados Unidos¹⁷⁷.

En Inglaterra se admite, eventualmente, a título gratuito y en EEUU la solución varía en cada Estado. Así, en un mismo Estado podemos encontrar diferentes orientaciones, tanto legislativas como jurisprudenciales, a la vez prohibiendo o admitiendo la figura de la maternidad subrogada, aunque exclusivamente a título gratuito¹⁷⁸.

A pesar de la prohibición legal que consta en el art. 8º LPMA, es inevitable hacer un balance sobre su admisibilidad o no. Así, sería deseable confrontar con la Ley Fundamental – Constitución de la Republica Portuguesa – y de ahí extraer

¹⁷⁶ Jorge Duarte Pinheiro explica que “...o sistema Romano-Germânico contem mais restrições à autonomia privada. Consequentemente, não é de estranhar a separação que se observa entre os ordenamentos de um e de outro sistema no que toca à maternidade de substituição. No sistema anglo-americano, há uma oscilação entre a permissão e a proibição. No sistema romano-germânico, predomina a orientação contrária à figura da mãe portadora”. (DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 330).

¹⁷⁷ Sobre la temática Cfr. FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G., “Mãe há só duas”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p.68 e ss.

¹⁷⁸ “Tendo em conta este panorama, o art.8 do Uniform Parentage Act norteamericano propõe a admissibilidade do contrato de gestação, mas faz depender a vinculatividade do acordo de uma homologação judicial, estabelecendo um paralelo com o processo de adopção; ao contrato de maternidade de substituição não homologado é negada relevância na determinação da filiação, sem prejuízo de os pais de recepção poderem ser responsabilizados pelo sustento da criança na sequência do parto da mãe de gestação”. (DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 331).



argumentos tanto contra, como a favor de la admisibilidad de esta figura.

5.1.4. Argumentos a Favor y en contra de la Maternidad de Sustitución

Dada la redacción del art. 24º CRP, titulada “*Direito à Vida*”, según el cual “ *a vida humana é inviolável* ” (nº1) y, en caso alguno, “*haverá pena de morte*” (nº 2), podemos afirmar que este artículo encierra un principio fundamental, que debe no sólo ser protegido, sino también defendido tal como se configura – un derecho, libertad y garantías personales.

La maternidad por sustitución cumple precisamente esa tarea: es impulsora de la vida, sobretodo para aquellos que están privados de procrear. Relacionado con este hecho, se añade otro argumento; veamos.

El art. 36º de la CRP versa sobre el derecho que todos tienen de constituir familia en condiciones de plena igualdad. Este derecho de constituir familia consagrado constitucionalmente, encierra en uno de sus aspectos, el derecho de procrear, sea por que el medio que sea.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En este sentido se pronuncian Gomes Canotilho e Vital Moreira, que definen el derecho de constituir familia implicando “*não apenas o direito a estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos (...); direito que embora não seja essencial ao conceito de família e nem sequer o pressuponha, lhe vai naturalmente associado*”¹⁷⁹.

Asistimos por esta vía, al derecho del individuo a reproducirse – un derecho a tener descendencia “em condições de plena igualdade”.

Si esa descendencia puede ser asegurada en “plena igualdad” con el recurso a técnicas de PMA, en particular mediante la maternidad por sustitución, por ejemplo, cuando el elemento femenino de la pareja de recepción no puede tener descendencia, entonces ¿porque no se admite la posibilidad de tener acceso por aquella vía? ¿No le asistirá a ella un derecho de formar familia, asegurando su descendencia?

Por lo tanto, ¿la prohibición de la maternidad subrogada, no será un atentado contra una prescripción de la Ley Fundamental? Nos parece discriminatorio que, una mujer infértil pueda superar ese problema mediante las técnicas de

¹⁷⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Ed.Coimbra, Coimbra, 2007, p. 567.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Procreación Médicamente Asistida y aquélla que ni siquiera puede llevar a término un embarazo sea privada de la única solución para asegurar descendencia.

Podemos aun, observar este derecho “reproductivo”, derecho de procrear, vinculado con el derecho de los sujetos al desarrollo de la personalidad y reserva de la intimidad privada y familiar (art. 26º, nº 1 CRP) y el derecho de “*realização pessoal dos membros da família*” (art. 67º, nº 1 CRP), ya que pueden ser entendidos como una buena forma de expresar el respeto por la libertad y autonomía de cada individuo, considerado en la expresión de su voluntad no solamente de constituir familia de la forma que mejor se ajuste a sus miembros sino también en la libertad de elegir el modo de unir y manifestar sus afectos^{180/181}.

Esta libertad y autonomía, existen tanto desde la perspectiva de las parejas infértiles (sean uno o ambos los

¹⁸⁰ Sobre este tema cfr. MARQUES MAGALHÃES, S., *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

¹⁸¹ Además, como ya hemos mencionado, queda asegurado el deseo o la necesidad de que el individuo tiene que reconocer en la procreación, la preservación de la especie, como también una exigencia social y cultural, innata al ser humano.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

miembros), como de la madre que soporta el embarazo. Es decir, paralelamente al ejercicio de procrear y de constituir una familia, surge también otro, el derecho que la mujer que se somete a la condición de madre y que lleva el embarazo tiene a la autodeterminación corporal, que en un ámbito de libertad contractual, legitimaría a ésta a que, “de forma altruista”, pudiese ceder su útero para la gestación.

Así, la problemática de no tener hijos, podría ser amparada por la autonomía privada, sin intromisión del Estado, en armonía con el respecto constitucionalmente consagrado de los derechos a la reserva de la intimidad privada y familiar.

Sin embargo, no hay que pensar que al consentir esta no intromisión del Estado, queramos decir que éste se debe abstener de reglamentar esta materia. Al contrario, el Estado debe regularla, porque no sólo se trata de una obligación constitucional (art. 67º, nº 2 CRP), sino también es una materia sensiblemente compleja en que un Estado Social tiene de tomar posición y evitar de ese modo posibles abusos.

Considero que el Estado Social debe contribuir con una reglamentación un poco mas permisiva, cuanto a la figura en consideración – maternidad por sustitución – aunque no puede dejar de ser restrictiva y excepcional para no correr el riesgo de



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

abusos¹⁸², analizándose caso a caso el respeto a los valores constitucionales dignos de tutela.

Al margen de cualquier opción personal en relación a la admisibilidad o no de este proceso, nos parece que esta prohibición legal “cierra la puerta” a la posibilidad de que ciertas parejas aseguraren la descendencia biológica.

Así, hoy en día es legítimo, acudir a las técnicas de PMA como:

*“meio de “contornar” ou “superar” a infertilidade do casal que, consciente e responsavelmente assumiu o valor incondicionado do filho como expressão da realização pessoal de cada um e da relação que os une; (...) visando, do ponto de vista biológico, restaurar ou melhor, substituir, uma função ausente que, natural e normalmente, seria desempenhada pelas pessoas em causa e, contribuindo, do ponto de vista humano, para dar expressão única a uma relação de amor já existente”.*¹⁸³

No se debe contra-argumentar que la adopción es una alternativa a este tipo de “carencia”, pues muchas familias desean tener hijos solamente “biológicos” (o por lo menos uno),

¹⁸² Recurrirse a la maternidad de sustitución, por ejemplo, porque no se quiere sufrir las consecuencias naturales de un embarazo (el crecimiento de la barriga y el dolor del alumbramiento).

¹⁸³PATRÃO NEVES, “Mudam-se os tempos...” Op. Cit., pág. 132;



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

lo que no es criticable y no siempre se cumplen los requisitos para poder proceder a la adopción.

Y, este deseo legítimo de tener hijos y “concebirlos”, aunque por una vía artificial, se funda en la legitimidad constitucional de constituir familia en “condiciones de plena igualdad” y en el principio a ella subyacente – solo por medio de éste principio alcanzamos una igualdad substancial entre todos, por cuanto el recurso a estas técnicas representa un componente de equilibrio que corrige la desigualdad existente entre las parejas fértiles e infértiles. Este derecho de procrear, aunque no sea absoluto, debería así imperar como resultado del ejercicio del derecho a la igualdad.

Como advierte Diogo Leite Campos¹⁸⁴, el principio de la igualdad

“ é um dos princípios fundamentais éticos assumidos pelo ordenamento jurídico, na medida em que só através da igualdade, tratando da mesma maneira situações iguais, se obtém justiça”. Salienta ainda o autor que, “ para além de uma aspiração a igualdade formal, há uma aspiração de igualdade substancial, na medida em que o Direito, também o Direito Civil e sobretudo este,

¹⁸⁴ Cfr. LEITE DE CAMPOS, D., “A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito” en *Estudos do Direito da Bioética*, Vol II, pp. 73-86.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

*visam obter uma igualdade substancial entre as partes para estas
poderem gerir, a partir desta base, os seus interesses com plena
liberdade. Todos estes valores assentam no valor da personalidade
individual, na dignidade do indivíduo que se traduz numa
personalidade jurídica plena, igual para todos.”*

Continuando con la adopción, *ad mayoría ad minus*, si la ley permite lo más, en este caso, por medio de la adopción, asumiendo un vínculo con un niño con el cual no se tiene ningún lazo biológico, debería permitir lo menos, es decir, permitir un vínculo de filiación (maternidad y/o paternidad) con un niño que, en todo caso, comparte el mismo material genético, pero, simplemente, no proviene del útero “materno” y en todo caso es considerado descendiente genético.

Como señala el Profesor Fernando Araújo, negar la maternidad de sustitución con el argumento de la existencia de la adopción como alternativa es subestimar la verdadera importancia que tiene para la mujer la consagración del vínculo biológico entre ella y su hijo¹⁸⁵.

Si la ley protege o promueve la adopción (art. 36º, nº 7 CRP), también debería promover o por lo menos admitir la maternidad de sustitución.

¹⁸⁵ Cfr. ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra, p. 42 y 43

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Así, se discrimina legalmente a la mujer que no puede llevar a término un embarazo (la ley que supuestamente es la promotora de la igualdad y justicia), al admitir que, al final no todos tienen derecho a constituir familia o a procrear.

Además, la penalización del “alquiler del útero”¹⁸⁶ podrá ser vista como una “discriminación sexista” en relación a la permisión de venta de esperma, que hoy en día es considerada como una práctica perfectamente normal y aceptada por la sociedad.

Como advierte el Profesor Fernando Araújo,

*“...barrar o recurso do “aluguer do útero” pode muitas vezes significar imposição à progenitora com problemas de fertilidade, da alternativa do recurso a técnicas de procriação que podem envolver, muito maiores riscos, quer para a sua saúde, quer para a do ser humano a gerar (...)”*¹⁸⁷.

En este sentido, podríamos incluso invocar la eventual protección del derecho a la salud (art. 24º CRP), en el sentido de que protegeríamos a la salud no restringiendo los medios

¹⁸⁶ Aunque para conseguir ese deseo legítimo.

¹⁸⁷“A Procriação Assistida e o Problema da Santidade...”, Op. Cit., pp. 29-39.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

necesarios y adecuados para “procrear” – por ejemplo, en el caso en que la mujer sea infértil, pero el embarazo implique graves riesgos o peligros de vida tanto para ésta como para el propio niño.

En esta línea de razonamiento, podríamos encuadrar el acceso a la PMA en el ámbito de la protección a la salud, también respeto al aspecto psíquico ya que, según la Organización Mundial de La Salud, esta *“es un estado completo de bien estar físico, mental y social y no consiste solamente en la ausencia de enfermedad”*¹⁸⁸.

Expuestos los argumentos a favor, veamos los argumentos contrarios a la maternidad por sustitución, apoyados en la idea de que la creación de la vida humana y procreación no son valores absolutos.

En este sentido se afirma que el recurso a la maternidad por sustitución está al servicio de las aspiraciones egoístas e individualistas de los progenitores, y lo mismo respecto de la “madre de alquiler”, relegando para un segundo plano, el interés del menor.

¹⁸⁸ Op.Cit. LOPES CORDEIRO, A problemática da procriação medicamente...

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En este contexto, el Profesor Jorge Duarte Pinheiro, es eximio en la exposición – sucintamente advierte que, cuando se usan las técnicas médicamente asistidas, debe ponderarse y decidir de modo “*reflectido, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que se virá a formar e nascer*”¹⁸⁹.

Sigue el autor invocando el interés superior del niño, como el principio que debe nortear toda la construcción de esta materia. Menciona los arts. 36º, nº 5, nº 6 y nº 7¹⁹⁰, el art. 67º, nº 2 d)¹⁹¹ y art. 69, nº 1 y nº 2¹⁹², CRP, señalando que en ellos

¹⁸⁹DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 333.

¹⁹⁰ Refiere el art. 36º/5, 6 e 7:

“5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas cêleres para a respectiva tramitação”.

¹⁹¹ Art.67º/2 al. d):

“2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes”;

¹⁹² Los artículos 69º/1 y 2 da CRP, con epígrafe “Infancia”, tienen la siguiente redacción:

“1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

subyace siempre ese principio. En el primero, está el poder-deber de los padres sobre la manutención y educación de los hijos; en el segundo, la obligación del Estado de garantizar y promover técnicas y el ejercicio de una maternidad y paternidad conscientes; y para terminar, el tercero reafirma, otra vez, cómo incumbe al Estado proteger los menores, sobretodo los que se vean privados de un ambiente familiar normal.

La cuestión de la autonomía privada puede ser otra orden de argumentos que refuten la viabilidad de la maternidad por sustitución. Este principio tiene una de sus manifestaciones constitucionales en el derecho al desarrollo de la personalidad o libertad, patentes en los arts. 26º, nº 1 y 27, nº 2 CRP¹⁹³, como ya hemos tenido oportunidad de mencionar. Sin embargo, uno de los argumentos utilizados en contra de los límites de la autonomía privada en el ámbito de la libertad contractual¹⁹⁴

2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar normal”.

¹⁹³ Art.26º/1 –

“A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Art.27º/1 – “Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

¹⁹⁴ Respecto a los límites de libertad contractual, es de señalar una vez más serán las imposiciones de regulación de esta materia por parte del Estado, ya que es a este que compete reglamentar la procreación asistida, en

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

(límites esos impuestos por principios y normas que no permiten que esta libertad contractual sea ejercida en su plenitud), nuestra ley civil, en su art. 280º sanciona con nulidad los negocios jurídicos contrarios al orden público y a las buenas costumbres. A los ojos del legislador, el contrato de gestación es visto como contrario al orden público y las buenas costumbres. Y contra la ley por prohibirlo expresamente.

En otra línea de argumentos, Guilherme de Olivera¹⁹⁵ señala que, aceptándose los contratos de maternidad por sustitución a título oneroso, implicaría en última instancia, la explotación económica de las mujeres pobres por las ricas. Es verdad que tal situación podría ocurrir, sin embargo, esa situación de explotación reprobable sigue presente en muchos otros ámbitos.

Añade aún el autor que, uno de los argumentos utilizados contra la maternidad, se relaciona con el fenómeno psicológico, mediante el cual los padres de recepción tienden a exigir más del niño por el hecho de no ser “suyo”, causándole problemas psicológicos. El mismo argumento es tan confuso como frágil, hecho que el propio autor reconoce.

respecto por la dignidad de la persona humana (art. 67º, nº 2 e) CRP) y como se ha dicho, de los valores constitucionales dignos de tutela.

¹⁹⁵GUILHERME OLIVEIRA, “Mãe há...”, Op. Cit., p. 27 a 31.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Distinto sería la hipótesis del niño que nace con deficiencias y como tal, es rechazado por ambos o acaba quedándose con una de las madres por caridad. A pesar de ser una realidad posible de acontecer, la verdad es que lo mismo puede acontecer con cualquier familia que tenga niños.

Otro fundamento utilizado no solamente en contra la maternidad por sustitución, sino también en contra de la procreación heteróloga es el hecho de atentar contra el expuesto en los arts. 26º, nº 1¹⁹⁶ y 36º, nº 4¹⁹⁷ de la Constitución, ya que no salvaguarda el derecho fundamental al conocimiento y reconocimiento de la paternidad, ni el derecho a la identidad, que abarca el derecho a la historia personal.

Expuestos los argumentos que van en contra de esta figura, desde mi modesto punto de vista y con el debido

¹⁹⁶ “Artigo 26.º – Outros direitos pessoais –

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

¹⁹⁷ “ Artigo 36.º – Família, casamento e filiação –

4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

respecto, creo que pueden ser refutados, aunque existan razones determinantes para negar la viabilidad al contrato de maternidad por sustitución en algunas situaciones.

Veamos:

En cuanto al primer argumento, no nos parece que quien se escuda en la figura de la maternidad subrogada lo haga siempre precipitadamente. A la inversa, lo hará siempre después de un periodo de reflexión; como última *ratio* de esperanza en reproducirse – esta es una materia de gran sensibilidad para ambos miembros de la pareja de recepción que, exactamente por revestir ese carácter, tomarán las decisiones con una consciencia prudente. Será el resultado de su cautelosa reflexión y asesoramiento por profesionales de salud en un centro autorizado y con competencia para tal efecto – tal como sucede con todas las restantes técnicas de PMA admitidas legalmente, siendo cierto que todas ellas deben tener por base un acto de ponderación “*reflectido, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que se virá a formar e nascer*”¹⁹⁸. Es más, no hay margen de duda que un hijo nacido por esta vía, es tanto o más deseado como un hijo “concebido”

¹⁹⁸DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 333.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

de otra forma (tanto por los métodos normales, como por recurso a técnicas de procreación médicamente asistidas).

Aunque se invoquen los arts. 36º, nº 5, nº 6 y nº 7, art. 67º, nº 2, d) y art. 69º, nº 1 y nº 2, todos de las CRP, es evidente que el interés superior del niño es notorio. Cuando se averigua o se pondera el interés del menor en aquella línea constitucional, tiene necesariamente que aludirse a una maternidad y paternidad conscientes en cuanto a la voluntad y deseo de asumir un papel parental y velar por la protección, educación y formación del niño/hijo. Si una pareja es candidata a un proyecto parental con recurso a la maternidad de sustitución, por aquella “técnica”, la que más se adecua a las circunstancias (regresando al caso de la mujer que no soporta el embarazo o en el caso en que asumir la gestación conlleve un riesgo de transmisión de una enfermedad grave que genere un destino “fatal” al niño que nace), ciertamente será porque desean ejercer una maternidad y paternidad conscientes, más aun que aquella que quiso renunciar expresamente a esa voluntad, como hemos mencionado en el sub-capítulo de la bioética.

Siendo así, el hecho que la ley atribuya la filiación a la mujer que da a luz, ¿no estará rechazando un interés superior del niño, negando una mayor posibilidad de ese papel parental



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

que viene a asegurarse por la pareja de recepción que expresó la voluntad de asumir ese papel y tener ese hijo?

Nos parece evidente que, si nuestra ley fundamental quiere proteger el interés superior del niño, entonces debería salvaguardarlo, en los casos en que la mujer quiere renunciar a los deberes y obligaciones de la maternidad, porque en estos casos, ella misma asume una predisposición de no asegurar los intereses del niño – podrá en última instancia llevar a situaciones de abandono o hasta procesos de adopción morosos que en nada auxilian a un ambiente familiar saludable para un niño.

Siguiendo esta línea de razonamiento, ¿Cómo puede atribuirse la filiación a favor de la mujer gestante que quiso conscientemente renunciar a dicha filiación?

Como ya dijimos y queremos recordar, para nosotros la opción de tener el hijo recurriendo a la maternidad por sustitución es un sentimiento de amor predispuesto.

No obstante, en caso de litigio entre la “madre de sustitución” y “madre de entrega”, la propia ley 32/2006, en el art.8º/3, consagra la resolución del conflicto, atribuyendo la maternidad legal a la primera, es decir, el interés del niño



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

siempre está salvaguardado, por lo menos, es esa la intención del legislador.

Diferente es el dilema de atribuir la maternidad a la madre por sustitución, entrega o de recepción. Nos pronunciaremos más adelante, sin embargo, adelantese que no parece que la ley tenga consagrado la solución más justa. Al revés, si tan insistentemente se apela a la conciencia y ponderación en la toma de decisión, también aquí no se debería frustrar la legítima expectativa de los padres receptores maxime de la madre de recepción, en ver atribuida legalmente la maternidad y la paternidad. La solución consagrada nos parece favorecedora de alguna frivolidad por parte de las madres gestantes y contraria la naturaleza en favor de un “artificialismo”. Así sucede, por lo menos en las situaciones en que el niño es fruto de la unión exclusiva del material genético de los padres de entrega, sobrevalorando demasiado la gestación en detrimento de la naturaleza.

A su vez, el argumento que invoca los límites a la autonomía privada debe ser analizado desde una doble perspectiva. Verdaderamente, deberemos proceder a un análisis casuístico para evaluar si se viola el orden público y las buenas costumbres o si colisionará con el derecho al desarrollo de la personalidad, de la libertad (defendidos por ejemplo en los arts. 26º, nº 1 y 27º, nº 2 CRP, mencionados por el Profesor Jorge



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Duarte Pinheiro, o implícitos también en los arts. 16º, nº 2¹⁹⁹, 25º, nº 1²⁰⁰, 26º nº 3²⁰¹, 67º, nº 1²⁰² y 68º, nº 2²⁰³).

Así, podemos exponer dos ejemplos, siendo el primero admisible y el segundo inadmisibles no sólo por ser contrario a la ley, sino también por ir en contra a la moral y las buenas costumbres y atentar contra algunos principios fundamentales.

En el primer ejemplo, tenemos un contrato de gestación, mediante el cual la mujer gestante **A**, declara, de su libre y espontánea voluntad, que no desea ser madre y, que por cualquier motivo (por ejemplo motivos altruistas), concede a la pareja de recepción la hipótesis de llevar a término un embarazo por sustitución, porque **B**, miembro de esta pareja, no puede llevarlo a cabo. El material genético proviene de la pareja de recepción, asumiendo estos el compromiso de hacerse cargo de

¹⁹⁹ “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

²⁰⁰ “Artigo 25.º – Direito à integridade pessoal –

A integridade moral e física das pessoas inviolável”.

²⁰¹ Según el cual “a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano”.

²⁰² Sob epígrafe “Família”, prescribe el artículo: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

²⁰³ Según el cual: “A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes”.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

la totalidad de los gastos inherentes al embarazo y al parto, obligándose **A** a entregar el niño.

En el segundo ejemplo, nos encontramos con una mujer **A**, que anuncia expresamente el mismo deseo de no ser madre, como en el primer caso, y que celebra con **B** y **C**, pareja de recepción, un contrato de gestación, en el cual el material genético proviene de ambos, porque **B** no quiere “sufrir” las incómodas consecuencias de un embarazo (como por ejemplo, deformación corporal antes y después del parto, vómitos, malestar, eventuales depresiones pos-parto...)

En ambos ejemplos hay un deseo de la mujer “gestante” de no tener hijos y una voluntad de una pareja receptora de tener hijos, discrepando, sin embargo, en los motivos que llevan a cada una de las parejas de recepción a querer celebrar un contrato de gestación.

Por lo que respecta al primer caso, en la línea de lo que venimos preconizando a lo largo del estudio, nos parece defendible la hipótesis de ser permitido. No podemos sin embargo, en el segundo caso, admitir la validez de tal contrato; aunque se inserte en un contexto de libertad contractual resultante de la autonomía privada. Los motivos por los cuales se quiso contratar en el segundo ejemplo van en contra del



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

orden público, moral y de las buenas costumbres y en ese sentido, son y deben continuar siendo nulos. Un contrato de esta naturaleza tan superficial, demuestra una violación de los principios fundamentales de la bioética – el principio de la beneficencia y de la utilidad – y el acentuado principio de la subsidiariedad relativo a la PMA.

Creemos que el recurso a este método debe ser excepcional, admitiéndolo casuísticamente y como medio de superar la imposibilidad de una pareja de tener hijos a través de la reproducción natural.

Afirma Cabral de Moncada²⁰⁴ que la disponibilidad típica de la mayoría de los derechos subjetivos no puede vigorar absolutamente en el dominio de la tutela de la personalidad – ni todo lo que la enforma es disponible –; valores como la vida y la dignidad no pueden ser lícitamente abdicados por su titular²⁰⁵.

²⁰⁴ Cfr. CABRAL MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, p. 73-76.

²⁰⁵ Cfr. Declaração Universal dos Direitos do Homem; Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Convenção Relativa à Escravatura, de 25 de Setembro de 1926; Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem; Convenção europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento, Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina; Ensaio Clínicos com Medicamentos de Uso Humano.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

El caso expuesto puede ser un ejemplo de disposición de valores fundamentales, como la defensa y dignidad de la propia persona y incluso, atentado a uno de los principios Supra-Positivos: el Derecho Natural^{206/207}.

Efectivamente, no podemos negar que este tipo de prácticas es un asunto controvertido. Es distinto utilizar la propia imagen o voz, por ejemplo, en el ámbito de la publicidad, dando o no lugar a indemnización o utilizar el propio cuerpo, poniendo en peligro su identidad física/psíquica en experiencias médicas/científicas que las situaciones sobre las cuales nos centramos en el presente estudio (incluso mediante remuneración).

Aun cuanto a la autonomía privada, no afirmaremos que la validez de este tipo de contratos o negocios sobre la personalidad tiene eficacia legitimadora y reguladora. El hecho de no haber consenso, no convierte en lícita la “*compressão, limitação ou detrimento da personalidade*”²⁰⁸ (en este caso de

²⁰⁶ También sobre la tutela penal de los derechos de personalidad Cfr. COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

²⁰⁷ Además, juegos y apuestas estos que tampoco se reconocen legalmente.

²⁰⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Teoria Geral...”, Op. Cit., p. 55.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

madre por sustitución), pero también no lo es lícito solamente por ambas las partes determinaren el modo de cumplir con sus obligaciones cuando y en que términos (discutible es, la posición cuando estamos delante de contrapartidas “abultadas” y libre voluntad de la madre de sustitución, lo que no es el caso)²⁰⁹.

Otra línea de argumentación se centra en el hecho de alegar que la maternidad de sustitución se traduce en una violación del derecho al cuerpo o autodeterminación. Se podría invocar también, analógicamente, que idéntica prohibición debería aplicarse a la ley 12/1993 del 22 de Abril en materia de transplante de órganos – por ejemplo un riñón o el propio sangre – podríamos alegar aquí una violación del cuerpo o del derecho a la autodeterminación, ya que en la donación de órganos, estamos delante de actos invasivos. Siendo así, estaríamos tratando de igual modo estas dos situaciones como idénticas, por violar estos mismos valores.

Siguiendo esta línea de consideración, tratándose estas dos situaciones de actos que afectan al cuerpo en el sentido de existir una asumida “responsabilidad”, si en la donación de órganos hay una lícita disposición aunque para fin diverso,

²⁰⁹ “...a renúncia ao estatuto de mãe significa uma limitação dos direitos de personalidade da mulher que, mesmo quando válida, é sempre revogável (art.81º/2 CC)”.

también debería haberlo para la figura de la maternidad de sustitución.

Se añade que, en el primer caso, hay una “disposición definitiva” (de los órganos), pertenecientes al cuerpo, es decir, son evidentemente donados sin retorno y en el segundo – maternidad por sustitución – hay una “disposición temporal”, en el sentido de que el cuerpo es “utilizado” hasta el nacimiento del niño. Sin embargo, incluso en la maternidad subrogada, la madre gestante no da nada efectivamente de su cuerpo (al contrario de la otra), asimilándose a un “depósito” o prestadora de un “servicio de arrendamiento” (aunque ya hemos visto que se aleja de estos contratos). Además, afirmamos que el órgano – útero –, en condiciones normales de embarazo, no pierde su funcionalidad. Al revés de la donación de otros órganos, la cual es irreversible, en la maternidad subrogada el útero está, incluso, cumpliendo su función de reproducción y, aunque como arrendamiento de servicios no perjudica la capacidad reproductiva de la mujer.

5.1.5. Filiación en la Maternidad por Sustitución

Sabemos que el criterio general determinante para la constitución del vínculo de la filiación es el biológico, dando, en

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

este sentido, primacía a los lazos de sangre – esto resulta de los arts. 1586^{o210/211} y 1801^{o212} CC.

Nuestro Código Civil establece como regla la constitución de la filiación basada en la práctica sexual y luego reproducción natural, por lo que las técnicas de PMA son subsidiarias.

Sin embargo, el Código Civil limita el criterio biológico, puesto que no es absoluto en el establecimiento de la filiación, una vez que admite la procreación heteróloga, la restricción de impugnación de la paternidad (arts. 1839^{o/3}²¹³ CC), la

²¹⁰ Esta definición es el resultado de la oposición comparativa entre filiación adoptiva y filiación natural, y del hecho de que, en los procedimientos judiciales de investigación con vista la filiación se admite, como prueba suficiente, el análisis de sangre.

²¹¹ “Art. 1586 – Noção de Adopção –

A Adopção é um vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos do art. 1973^o e seguintes.”

²¹² “Art. 1801^o – Exames de sangue e outros métodos científicos –

Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”.

²¹³ El art.1839^{o/3} CC comprende una tercera modalidad de filiación designado filiación por consentimiento no adoptivo – prohibiendo la impugnación de la maternidad una vez prestado su consentimiento, se establece la paternidad a favor del marido/unido de hecho que consintió en la inseminación artificial, aunque provenga de un tercer donante – hay un desvío al criterio biológico de la filiación natural porque el material genético, no siendo aportado por el elemento masculino de la pareja beneficiaria implica que padre biológico y jurídico no van coincidir.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

inadmisibilidad de establecimiento de filiación después de decretada la adopción plena (art.1987º) y los plazos de caducidad a que están sujetas las acciones de investigación de maternidad y paternidad (arts. 1817º y 1873º), entre otras que la ley establece.

Ya sabemos que la constitución del vínculo de filiación relativo a la maternidad es determinada por el nacimiento (art.1976º/1 CC) - deriva de la máxima clásica *mater siempre certa es*. A primera vista, nos damos cuenta de que en el momento histórico en que este artículo fue elaborado – el el contexto social y medico-científico de los 70²¹⁴ – la madre biológica y madre jurídica tenían que coincidir.

Así, en esta línea es razonable que el legislador, en consonancia con el sistema jurídico tradicional, opte por prescribir la nulidad de los contratos de subrogación (art.8º/3 LPMA).

Aunque exista coherencia con el ordenamiento jurídico, la verdad es que hay una correspondencia con la realidad social y científico-médica que permite la práctica de técnicas de procreación médicamente asistida más avanzadas de las que el

²¹⁴ Redacción del DL 496/77 de 25 de noviembre.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

legislador reguló en 1977. No vamos a exponer de nuevo las razones de hecho y de derecho ²¹⁵ que nos llevan a creer en una modificación de la legislación vigente a fin de ser admitida con carácter excepcional, pero en este ámbito tenemos que contestar a esta cuestión - ¿será que la constitución del vínculo de filiación cuando la maternidad subrogada es puramente gestacional, tiene sentido, asumiendo el interés superior de la crianza, establecer la maternidad a favor de la madre gestante? Es decir, ¿es mejor para el niño que su madre sea la gestante aunque no exista unión genética entre los dos?

Los ejemplos son los casos de adopción plena cuyo régimen está plasmado en los arts.1979º ss CC.

El vínculo biológico no siempre es determinante de responsabilidades parentales. En situaciones límite existen problemas de abusos, retiradas del entorno familiar debido a la “incapacidad” de los padres biológicos para ejercer las responsabilidades parentales, etc.

Cierto es que el criterio elegido por el legislador en materia de filiación maternal es discutible²¹⁶; él propio precepto

²¹⁵ Cfr. supra 5.1.4 e 5.1.6

²¹⁶ Es decir, el criterio establecido en el art.8º/3 según el cual la gestante es la madre jurídica.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

prevé que, en algunos casos (como los que arriba hemos mencionado), el vínculo biológico no debe ser tomado como absoluto, motivo por el cual debería también prever excepciones al régimen de maternidad de sustitución – el criterio biológico, aunque preferencial no siempre se presenta como el más adecuado para determinar la filiación materna.

Aunque un dignísimo sector doctrinal haya defendido el viejo aforismo *mater semper certa est*, el reciente Relatório del CNECV de marzo de 2012 sigue amparando la idea de que quien decide las situaciones no previstas en el contrato es la madre de sustitución²¹⁷ pero subraya que la inflexible solución actual de la ley, aunque sea la sanción de comportamientos prohibidos, tiene como consecuencia entorpecer el interés del niño. Es decir que establecer la filiación a favor de una madre que lo rechaza es abrir la puerta a la institucionalización y, además, imputar, a un inocente, una pena de privación de vínculos afectivos^{218/219}.

²¹⁷ Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de substituição, Marzo, 2012, Op. Cit., p. 38; Cfr. Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição 63/CNECV/2012, p. 10

²¹⁸ “Cabe ainda referir que merece também reserva ética a solução constante da actual lei (...) segundo a qual, nas situações de concretização de uma maternidade de substituição em contravenção ao desposto na lei, a mãe de gestação é considerada, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança nascida neste processo (art.8º/3 da actual lei).

Uma solução deste tipo, pela sua rigidez e não atendibilidade das circunstâncias concretas e não complementada com outras garantias (como poderia ser a dependência da avaliação judicial das circunstâncias do caso),



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En Derecho de Filiación, la maternidad y paternidad son valores constitucionalmente consagrados (art. 68º/2 CRP) que tienen por base la biparentalidad familiar, motivo por el cual la ley prefiere el ejercicio común de las responsabilidades parentales (art.1901º/1 ²²⁰ e 1906º/1 ²²¹ CC). Así, es importante

só pode ser justificada como meio de sanção e tentativa de dissuasão de comportamentos e práticas ilegais.

No entanto, pela sua inflexibilidade pode significar, em termos práticos, que, contra o interesse da criança, se esteja a impor a sua vinculação filial a quem a rejeita e nunca a assumiu em projecto parental próprio ou se esteja, em alternativa, a determinar a eventual institucionalização da criança (por exemplo, numa situação em que a mãe fosse condenada a pena de prisão pela prática ilegal da gestação de substituição) e sempre com simultânea privação do vínculo com as pessoas envolvidas no respectivo projecto parental e que até podem ser seus progenitores biológicos”; Op.Cit. Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição, 63/CNECV/2012, p. 11 y 12.

²¹⁹ Del mismo modo, no deja claro cual la opción defendida inequívocamente ya que refiere en el Parecer 63/CNECV/2012, p.9, que, una de las condiciones que impone es la de que “o consentimento pode ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto.

Neste caso a criança deve ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem deu à luz” – parece así que distingue dos momentos esenciales, el pré-parto y después. Cfr. Parecer 63/CNECV/2012, p.9.

²²⁰ “Art.1901º – Responsabilidades parentais na constância do matrimónio–

1.Na constância do matrimónio, o exercício de responsabilidades parentais pertence a ambos os pais.”

²²¹ “Art.1901º – Poder paternal na constância do matrimónio –

1. Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

determinar el establecimiento de la paternidad, con vista a ponderar el interés superior del menor.

No obstante, en lo que respeta al establecimiento de la paternidad, la LPMA no es clara. El art.8º/3, sólo advierte que la madre gestante es la madre jurídica, sin pronunciarse respecto a la filiación paterna.

Así, en un primer análisis podríamos pensar que, si el elemento masculino de la pareja de recepción contribuye con sus gametos, se le considera como donante de semen y así, a la luz del art.21º de la LPMA, el donante de semen “*não pode ser havido como pai*”. Todavía, en la determinación de la paternidad, el art.20º/1 explica que, si de inseminación con semen del donante nace un niño(a), se considera del marido o de la pareja de hecho de la mujer inseminada, desde que éste haya consentido de acuerdo con el art.14º. Estamos ante un caso de filiación por consentimiento no adoptivo (1839º/3 CC).

De todos modos, se acudiría a la presunción legal de paternidad del art.1826º/1 CC, si la madre de gestación

2. As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam para a constância do matrimónio (...)



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

estuviera casada. Sin embargo, como sabemos, esta presunción legal es *iuris tantum*, pudiendo ser impugnada de acuerdo con los arts. 1838^{o222} y 1839^{o223} CC, si el marido o pareja de hecho no hubiera dado su consentimiento para asumir la responsabilidad parental sobre el niño.

Así, sin su voluntad, él podría accionar la impugnación de paternidad para que se estableciera a su favor.

Por otro lado, ¿cual sería la posición de la parte masculina de la pareja de recepción que ha contribuido con sus gametos?

La ley apunta que los donantes no pueden ser considerados padres. Si lo fueran, existiría el problema del consentimiento prestado en la utilización de su material genético para finalidades de reproducción ya que este había sido

²²² “Art. 1838º - Impugnação da Paternidade –

A paternidade presumida nos termos do art.1826º não pode ser impugnada fora dos casos previstos nos artigos seguintes.”

²²³ “Art. 1839º - Fundamento e Legitimidade –

1. A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, pelo filho ou, nos termos do 1841º, pelo Ministério Público.
2. Na acção o autor deve provar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável.
3. Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

manifestado, evidentemente, en el ámbito de un proyecto parental con su compañera y no con la madre gestante²²⁴. Considerando que la parte masculina de la pareja de recepción quisiera ser padre sólo sería posible si la madre gestante fuese soltera.

Estamos de acuerdo con el Profesor Jorge Duarte Pinheiro²²⁵ cuando afirma que el

“critério biológico não é preponderante no campo da procriação derivada de acto sexual (...). Em contraste, fora da procriação derivada de acto sexual, salvo disposição em contrário (como o duvidoso art.8º nº 3 da Lei de Procriação Medicamente Assistida), o critério geral é o volitivo: para que se decrete a adopção, é indispensável a vontade do adoptante (...); para que se forme um vínculo de filiação associado ao uso de uma técnica de procriação medicamente assistida, exige-se o consentimento daquele que juridicamente virá a ser progenitor (...).”

Efectivamente, el criterio biológico en la maternidad subrogada no debería tenerse en cuenta en la constitución del vínculo de filiación.

²²⁴ Jorge Duarte Pinheiro se refiere, en este contexto, a un “erro-vício” – concretamente en la formación de la voluntad – que descalifica el consentimiento como elemento constitutivo del vínculo.

²²⁵ DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 323-344.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Hemos visto que el establecimiento de la maternidad a favor de la gestante no siempre trae los resultados más deseados en cuanto al interés superior del menor, dado que abre la posibilidad que éste se quede sin padre, en caso en que el elemento volitivo de asumir responsabilidades parentales no esté presente, ni para el marido de la madre gestante (si existe), ni para quien contribuyó con los gametos. Es decir, ¿qué sucede si ninguno de los hombres consiente? Veamos:

✚ El marido o pareja de hecho masculina de la pareja de recepción podría argumentar error en la formación de la voluntad (consentimiento) ya que el proyecto parental era con su compañera o esposa y no con la madre gestante – además, el consentimiento tiene que ser libre y claro, expreso y por escrito (art.14º/1), para producir efectos. Asimismo, siendo un simple donante, no podría ser considerado legalmente como padre del niño.

✚ Para el marido de la gestante, podría impugnar la paternidad relativa a la crianza si no hubiera prestado su consentimiento según los términos vistos.



5.1.6. Propuestas legales en curso y el Parecer nº 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, del 12 de marzo de 2012 (Opinión)

Ya hemos puesto de manifiesto la actualidad del tema, así como la urgencia de que sean revisados algunos aspectos de la Lei 32/2006. Esta necesidad también es sentida por el cuerpo político portugués y, por eso, los debates están surgiendo cada vez más en la sociedad portuguesa. Como consecuencia de ello, recientes proyectos de ley han sido presentados en el Parlamento y, en suma, aunque no preconicen grandes alteraciones, intentan corregir dicha ley rellenando lagunas jurídicas y algunas contradicciones²²⁶, pero, ante todo, unánimemente el objetivo es el de consentir el recurso a la maternidad por sustitución.

Hay que advertir antes, que sólo dos de los proyectos²²⁷ han merecido especial consideración, ya que los demás fueron rechazados por mayoría el 20 de enero de 2012, antes de su debate parlamentario.

²²⁶ Entre otras contradicciones que hemos tenido oportunidad de enunciar en el presente estudio, recuérdese la problemática de rechazo del niño que nazca con deficiencias ya que la madre gestante es, ciegamente y sin restricciones, la madre que soporta el embarazo o el problema de la gratuidad de la maternidad subrogada *vs* la onerosidad de la donación de gámetos.

²²⁷ Los proyectos nº131/XII del Partido Socialista y el nº 138/XII del Partido Social Democrata (de momento en el gobierno). Veamos lo que dice al respecto el Parecer 63/CNECV/2012. “Os proyectos de lei apresentados pelo

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En suma, los aspectos de mayor relevancia en cada uno de los proyectos son²²⁸:

→ Proyecto de Ley nº 122/XII (del Bloco de Esquerda) amplía el ámbito personal admitiendo, así, que todas las personas recurran a las técnicas de procreación médicamente asistida, independientemente de su estado civil o orientación sexual. Admite la maternidad subrogada, pero siempre excepcional (en situaciones de ausencia, lesión o enfermedad del útero que impida absoluta y definitivamente el embarazo o en otros escenarios de situaciones clínicas justificables mediante autorización del CNECV y auscultado el Orden de los Abogados) y a través de negocio gratuito.

PS e pelo PSD assumem, quase integralmente, o teor da totalidade das propostas que o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) apresentou à Assembleia da República em diferentes ocasiões, pelo que beneficiam da reflexão e do balanço informado daquele órgão consultivo especialmente criado para se pronunciar sobre as questões éticas, sociais e legais da procriação medicamente assistida.

Basicamente essas propostas pretendem introduzir melhorias, suprir lacunas ou superar algumas contradições na lei da PMA (...) mantendo no essencial e dando continuidade aos princípios inspiradores dessa lei.

Para além de alterações de pormenor que não suscitam especiais preocupações de natureza ética as propostas constantes dos dois projetos de lei acima referidos implicam alterações sensíveis ou relacionam-se com aspectos eticamente relevantes nos seguintes domínios: beneficiários das técnicas de PMA, gestação de substituição, inseminação heteróloga e transferência de embriões doados por terceiros, período de crio preservação e destino a dar aos embriões criados em PMA”. Cfr. Parecer 63/CNECV/2012, p. 3.

²²⁸ Cfr. Parecer da Ordem dos Advogados del 6 de febrero de 2012.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

→ Proyecto de Ley nº 137/XII (presentado por un grupo de diputados del Partido Socialista, encabezado por Pedro Alves) semejante al anterior, amplía el ámbito personal y propone que las TRHA sean método alternativo y no sólo subsidiario. Diferente de todos los otros proyectos, descarta por completo la nulidad del contrato de gestación, incluso acepta el contrato oneroso, pero siempre privilegiando la gratuidad.

→ También un grupo de diputados del Partido Socialista (encabezado por Carlos Zorrinho) hace una propuesta: el Proyecto de Ley nº 131/XII, de modo muy semejante al del Bloco de Esquerda en cuanto a admisibilidad de la maternidad subrogada a título excepcional. Se distancia de los anteriores pues propone que sólo se podrá admitir la maternidad subrogada si se recurre a gametos de, por lo menos, uno de los respectivos beneficiarios. Además, sigue admitiendo la nulidad de los contratos que no respeten todos los requisitos legales y, en este caso, la madre jurídica será la que soporta el embarazo²²⁹.

Este proyecto no amplía el ámbito personal, ya que no propone modificaciones al artículo 6º de la LPMA, manteniendo, al respeto, lo

²²⁹ Podremos acrecentar todavía que, en rigor, el proyecto no soluciona los mayores problemas que resultan de la maternidad por sustitución.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

que prevé la Lei 32/2006²³⁰, más, permite que una pareja del mismo sexo (necesariamente unida por matrimonio) recurra a la maternidad por sustitución.

→ Finalmente, el Proyecto de Ley 138/XII (Partido Socialista) regula la maternidad subrogada, más concretamente en las situaciones excepcionales en que se admite y siempre por negocio jurídico gratuito. Es taxativo en cuanto al ámbito personal. Es decir, no cambia la esencia del artículo 6º de la LPMA.

No es nuestra intención criticar los proyectos de ley presentados por los partidos políticos, ya que es de valorar la voluntad de cambio y denota sensibilidad jurídico-social pero no podríamos dejar de subrayar que tendrán que madurarse las ideas de todos ellos.

Aunque intenten suprimir las lagunas y las incoherencias, siguen creando o manteniendo dichas incongruencias. Por ejemplo los Proyectos nº 138 y nº122 advierten que la maternidad subrogada se admite sólo en situaciones de ausencia de útero (aunque el proyecto nº122 prevé algunas situaciones de enfermedad del útero) pero después admite una cláusula abierta en que el CNECV lo pueda admitir – en situaciones clínicas que lo justifiquen. Es decir que se crea una amplia zona gris de discrecionalidad (lo mismo sucede también con el Proyecto nº131).

²³⁰ Aunque el ordenamiento jurídico portugués ya prevé el matrimonio homosexual.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En cuanto al ámbito personal, el proyecto del Partido Social Democrata la limita a las parejas de sexo diferente, excluyendo parejas homosexuales o solas por lo que infringen el compromiso constitucional de protección de la familia, independientemente de su modelo – escenario que sugiere discriminación de todos los modelos distintos de la tradicional familia²³¹.

²³¹ Veamos al respecto lo que dice el CNECV “...o projecto de lei do PSD que, de forma inequívoca, reserva o acesso (...) técnicas de PMA às pessoas casadas ou em união de facto, mas, (...) só entre pessoas de sexo diferente. Excluído permanece também o acesso às técnicas (...) por parte de pessoas singularmente consideradas (...) A delimitação do círculo de potenciais beneficiários da PMA está estreitamente associada à opção que se pretende tomar sobre a natureza e fins da PMA designadamente, ao seu entendimento como método subsidiário, como método complementar ou como método alternativa de procriação.

Quando se parte do principio de que há um modelo ideal de reprodução em que devam, tendencialmente, confluir a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica (...) Pode dizer-se que, em qualquer caso, há um elemento comum em todas aquelas situações: a preexistência de uma doença ou suscetível de ser percebida como tal. Mas, o que justifica que o acesso às técnicas de PMA seja recusado, ou mesmo proibido em todas as restantes situações?

A partir do momento em que a sociedade dispõe de conhecimentos científicos e de meios técnicos que permitem a procriação medicamente assistida, há inúmeras pessoas, que, não preenchendo os requisitos (...) (infertilidade ou doença) pretendem aceder às técnicas de PMA porque no seu caso, e por razões dignas de respeito, portanto não fúteis ou não censuráveis, a procriação por meios naturais não constitui meio aceitável ou adequado.

Ora, o interesse pessoal em procriar, em gerar descendência, em constituir família, em ser mãe ou ser pai de um ser biologicamente relacionado, é um interesse natural, mesmo nobre, e que pode assumir a maior relevância (...) na vida das pessoas (...) então essa recusa, e sobretudo a proibição, é sentida como uma afetação gravosa dos planos de vida próprios que só não



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También queda por contestar la siguiente cuestión: ¿Cómo se justifica que el acceso a las TRHA sólo sean admitidas como método subsidiario (en situaciones de comprobada enfermedad o esterilidad)?, es decir, ¿cómo explicar el rechazo de todas las restantes situaciones? Incluso, al prohibir y sancionar es porque considera el recurso a dichas técnicas como incorrectas y éticamente inadmisibles, lo que nos hace afirmar que no tiene presente la autonomía privada de los ciudadanos portugueses ni la imposición constitucional de protección de la familia.

será éticamente condenável se o Estado não puder justificar (...) com razões de peso.

Na situação aqui apreciada (...) a lei não trata apenas de limitar o acesso aos meios fornecidos e subsidiados pelo Estado mas proíbe e sanciona (...) o acesso (...) a quem não integre casal ou união entre pessoas de sexo diferente, mesmo nas situações em que os interessados o pretendam fazer com recursos próprios e em meio privado (...) porque considera a situação errada, danosa, éticamente inadmissível, mas, no mínimo, deve dizer porquê e as razões invocadas devem ser sustentáveis e ponderosas (...) Estado incorre numa desconsideração éticamente censurável da autonomia das pessoas, tanto mais condenável quando da exclusão resultar um efeito discriminatório (...) Alega-se aí, em primeiro lugar, que a configuração legal da PMA nestes termos seria uma imposição constitucional (...) incumbe o Estado (...) regular a procriação assistida para proteção da família, donde decorreria a necessidade de a PMA ser admissível apenas para tratar uma situação de doença e quando tenha por destinatários membros de um casal heterossexual estavelmente constituído (...) já não se vê, em primeiro lugar, em que essa incumbência determina ou impõe que o Estado esteja obrigado a proteger apenas um tipo particular de família...”. Op.Cit. Parecer 63/CNECV/2012, pp. 4 – 6.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Finalmente cabe corroborar las restricciones (ya explicadas *supra*) relativas a la solución de considerar, en situaciones de rebeldía al régimen legal, como madre legal la que soporta el embarazo²³².

El CNECV considera que no debe prohibirse el acceso a las TRHA a parejas homosexuales o personas solas, afirmando que tal condición es un grave límite a la autonomía privada (como hemos detallado *supra*) e invita a los partidos políticos a que justifiquen muy fundamentadamente la opción propuesta.

Así mismo critica el exceso de rigidez de la ley en cuanto determina como madre legal la que lleva a término el embarazo y recomienda que, como alternativa, que sea el juez quien decida²³³, en beneficio del superior interés del niño.

Finalmente la temática central del Parecer es la aceptación de la maternidad por sustitución condicionada por trece requisitos imperativos²³⁴, los cuales reproducimos:

²³² En el mismo sentido afirma el Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Op.Cit. Parecer 63/CNECV/2012, p.10.

²³³ Op.Cit. Parecer 63/CNECV/2012, p.12

²³⁴ Los cuales no comentaremos ahora, ya que el presente estudio contempla apartados específicos para el efecto.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

1 → “A gestante de substituição e o casal beneficiário estão cabalmente informados e esclarecidos, entre outros elementos igualmente necessários, sobre o significado e consequências da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (por exemplo, epigenética^{235/236}), constando tal esclarecimento

²³⁵ Estudios recientes explican que el ambiente uterino, así como el propio funcionamiento de la placenta y el elemento contextual envolvente provocan alteraciones definitivas en el patrimonio genético no sólo de la mujer sino también del feto. Cfr. SYLVIANE AGASINSKY, *Corps en miettes*, Flammarion, Paris, 2009, p.63; SERRAOS, D., *Aquí diante de mim*, Esfera do Caos, Lisboa, 2011, p.245; ROBINS, J.C; MARSIT, C., CADBURY, J., SHARMA, S., *Endocrine disruptors, environmental oxygen, epigenetics and pregnancy*, Front Biosci, 2010, pp.690-700; ODOM, L. y TAYLOR, H., *Environmental induction of the fetal epigenome*, Expert Rev Obstet Gynecol, november, 2010, pp. 657-664; RANKIN, T., MANSUY M., *Epigenetic inheritance in mammals: evidence for the impact of adverse environmental effects*, Neurobiology of Disease Vol.XXXIX, 2010, pp. 61-65; CANANI, R., *Epigenetic mechanisms elicited by nutrition in early life*, Nutrition Research Reviews, 2011, pp. 1-8; PURDY, L., *Are Pregnant Women Fetal Containers?*, Bioethics, 1990, pp. 273-291; AGACINSKY, S., “Contre la légalisation des meres porteuses”, en Lois de bioéthique: réexamen, enjeux et débats, La Documentation Française, Paris, 2009, p.32; KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*; ALONSO BEDATE, C., *Diálogo molecular madre-embrión en el desarrollo embriológico. Preimplantación e implantación*, Madrid, 2011, pp 81-119; DWY TSUI y RWK, *Epigenetic approaches for the detection of fetal DNA in maternal plasma*, Chimerism, 2010, pp. 30- 35; SERRÃO, D., *Aquí diante de mim*, Esfera do Caos, Lisboa, 2011, p.245; VAN DER POEL, S., CNECV, Coleção Bioética, Vol. XIII, Lisboa, 2011, p.13; GENIEVE de PARSEVAL, “Pour la légalisation des meres porteuses” en Lois de bioéthique: réexamen, enjeux et débats, la Documentation Française, Paris, 2009, p. 26.

²³⁶ También explica el CNECV que “micro-ambiente uterino condiciona o funcionamento da placenta e o desenvolvimento do epigenoma fetal, isto sem alterar a sequência do DNA, leva a modificações do epigenoma (conjunto das modificações na cromatina), por metilação da DNA, modificações na histona e no micro RNA não codificante (non- coding).

A gravidez é um tempo vulnerável e constitui, entre outros aspectos, o momento por excelência de activa programação do epigenoma do embrião-



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

feto, condicionando e definido a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (activação e desactivação) do embrião/feto/criança é moldada pela gestação intra uterina, activando uns genes, desactivando outros, muito se jogando logo desde a própria implantação do embrião no útero. A implantação é um fenómeno cientificamente cada vez mais determinante no futuro do embrião-feto e que, obviamente, varia de útero para útero.

O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é á uma diferente identidade (até epigenética).

A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião.

E inversamente: o embrião/feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspectos emocional e espiritual) – nenhuma mulher é a mesma pessoa (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna.

A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à mãe “legal- social”, mas terá toda a sua vida na respectiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequências na respectiva saúde e comportamento – a relação não termina com o cumprimento do contrato.

A grávida não se limita a “alimentar” o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o micro-ambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes (condicionando, possivelmente, futuras patologias e talvez comportamentos da pessoa que vai nascer).

Sabe-se, por exemplo, que a dieta materna pode ter consequências a longo prazo no desenvolvimento de doenças crónicas na vida adulta, tais como, síndrome metabólico, resistência à insulina, diabetes tipo III obesidade, dislipidemia, hipertensão arterial e doença cardiovascular.

Uma grávida não é uma incubadora, uma máquina inerte.

Uma grávida não é um contentor fetal (...) Nem tudo se pode substituir.

Nem tudo se pode emprestar, nem tudo se pode vender. Há valores que não podem ser dados ou emprestados.

Nisto se contraria o chamado determinismo genético: não interessam tanto os genes que existem já. No zigoto, mas, sobretudo, conhecer aqueles genes que se podem expressar. Esta é a verdadeira identidade genética em acto, não a que se adquire na fecundação, antes da implantação.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

*detalhado no consentimento informado escrito, assinado atempadamente.*²³⁷

2 → *O consentimento pode ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto. Neste caso a criança deve ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem deu à luz.*²³⁸

3 → *O contrato entre o casal beneficiário e a gestante de substituição deve incluir disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doença fetais e de eventual interrupção voluntária da gravidez.*²³⁹

Curiosamente, acérrimos defensores da chamada maternidade de substituição reconhecem que o bebé herda não apenas genes da sua mãe genética mas também la parte da história da sua mãe gestacional.

A gravidez não é um fenómeno biológico simplesmente funcional.” Cfr. OLIVEIRA DA SILVA, M., Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida (PMA) e Gravidez de substituição, CNECV, marzo, 2012, pp. 29-32.

²³⁷ La gestante de sustitución y la pareja beneficiaria están plenamente informados y esclarecidos, entre otros elementos también necesarios, sobre el significado y las consecuencias de la influencia de la gestante de sustitución en el desarrollo embrionario y fetal (por ejemplo, epigenética), esclarecimiento ese que se encuentra detallado en el consentimiento escrito, firmado oportunamente.

²³⁸ El consentimiento puede ser revocado por la gestante de sustitución en cualquier momento hasta el inicio del parto. En este caso, el niño debe ser considerado, para todos los efectos sociales y jurídicos, hijo de quien le ha dado a la luz.

²³⁹ El contrato entre la pareja beneficiaria y la gestante de sustitución debe incluir disposiciones que deben seguirse en caso de malformaciones o enfermedades fetales y de posible interrupción del embarazo.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

4 → *A gestante de substituição e o casal beneficiário devem estar informados que a futura criança tem o pleno direito a conhecer as condições em que foi gerada.*²⁴⁰

5 → *A gestante de substituição não deve simultaneamente ser dadora de ovócitos na gestação em causa*²⁴¹.

6 → *A gestante de substituição tem que ser saudável.*²⁴²

7 → *As motivações altruístas da gestante de substituição devem ser previamente avaliadas por equipa de saúde multidisciplinar, não envolvida no processo de PMA.*²⁴³

8 → *Quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação (a nível fetal ou materno) são decididas exclusivamente pela*

²⁴⁰ La gestante de sustitución y la pareja beneficiaria deben estar informados de que el futuro niño tiene pleno derecho a conocer las condiciones que le originaron.

²⁴¹ La gestante de sustitución no debe al mismo tiempo ser donante de ovócitos en la gestación en causa.

²⁴² La gestante de sustitución tiene que ser saludable.

²⁴³ Los motivos altruístas de la gestante de sustitución deben ser previamente evaluados por un equipo de salud multidisciplinar, que no esté participando en el proceso de PMA.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

*gestante de substituição com o apoio de equipa multidisciplinar de saúde.*²⁴⁴

9 → *Cabe ao casal beneficiário, em conjunto com a gestante de substituição, decidir a forma de amamentação (devendo, em caso de conflito, prevalecer a opção do casal beneficiário).*²⁴⁵

10 → *É legalmente inaceitável a existência de uma relação de subordinação económica entre as partes envolvidas na gestação de substituição.*²⁴⁶

11 → *O contrato sobre a gestação de substituição (celebrado antes da gestação) não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição (tais como condicionamentos na alimentação, vestuário, profissão, vida sexual).*²⁴⁷

²⁴⁴ Todas las intervenciones que resulten de alteraciones de salud que ocurran en la gestación (a nivel fetal o materno), son exclusivamente decididas por la gestante de sustitución con el apoyo del equipo de salud multidisciplinar.

²⁴⁵ Es responsabilidad de la pareja beneficiaria junto con la gestante de sustitución, decidir la mejor manera de amamentación (en caso de conflicto, prevalecerá la opción de la pareja beneficiaria).

²⁴⁶ Es jurídicamente inaceptable la existencia de una relación de subordinación económica entre las partes envueltas en la gestación de sustitución.

²⁴⁷ El contrato de la gestación de sustitución (que se celebra antes de la gestación), no puede imponer restricciones de comportamientos a la gestante de sustitución (restricciones en la comida, vestuário, vida sexual, profesión)



12 → *O embrião transferido para a gestante de substituição tem como progenitores gaméticos, pelo menos, um dos elementos do eventual casal beneficiário.* ²⁴⁸

13 → *A lei sobre esta matéria e a sua regulação complementar serão obrigatoriamente reavaliadas três anos após a respectiva entrada em vigor.* ²⁴⁹

Para terminar el presente capítulo consideramos relevante señalar una nota en cuanto a los puntos 2, 11 y en cuanto a la idea de que, siendo altruista, no podrá ser remunerada.

Actualmente estamos viviendo en una era en que éticamente se conocen más derechos que deberes lo que implica, la mayoría de las veces, que la falta de madurez de las decisiones se sobrepone al censo. No podemos olvidar que, en la maternidad subrogada, se discuten vidas – no sólo de la crianza sino también de sus padres, sean de la gestante o de la pareja receptora. Por eso, hay que analizar si las decisiones del CNECV reflejan un compromiso entre la responsabilidad y el altruismo.

En este contexto, en primer lugar, el punto 2 determina la posibilidad de revocación del consentimiento de la gestante lo que no

²⁴⁸ El embrión transferido para la gestante de sustitución tiene como padres gaméticos, por lo menos uno de los elementos de la pareja beneficiaria.

²⁴⁹ La ley sobre esta materia y su regulación complementaria serán obligatoriamente reevaluadas tres años después de su entrada en vigor.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

parece inadmisibile. Además, como hemos tenido oportunidad de analizar en este trabajo, esta revocación deberá fundarse en motivos altruistas y no implicar cambios económicos, añadiendo que la madre gestante será la parte más frágil, cosa que no sucede siempre.

Veamos esta situación: una pareja receptora de su hijo es amenazada con la exigencia de una remuneración o compensación (de cantidad elevada) sin la cual la gestante, haciendo uso de su derecho de revocación, no entregará el niño después del alumbramiento. ¿Quién es en este caso la parte débil?

Del mismo modo, el CNECV no explica el motivo por qué la gestante no puede estar obligada a ciertos comportamientos de hacer o no hacer: no fumar o no beber alcohol o, no tener relaciones sexuales desprotegidas que comprometan la vida del feto por contracción del HIV. No se comprende que un Consejo de Ética para la Vida, siendo promotor de la vida no obligue a que la ley prohíba algunas situaciones.

Cabe preguntar ¿al final quien es la parte más frágil? La gestante no puede serlo, al igual que la pareja receptora y, en primer lugar y el más importante, el niño que nacerá y que podrá sufrir las consecuencias graves y perpetuas de un embarazo no regulado.



5.1.7. Análisis y Posición adoptada

Efectivamente, el conflicto planteado ultrapasa una simple dificultad jurídica para encontrar una solución más adecuada. Entre las posibles propuestas, nunca alcanzaremos una que sea éticamente satisfactoria.

Procuraremos identificar y circunscribir los valores en conflicto y llegar a una conclusión que suponga un consenso no sólo social, sino también jurídico, favorecedor de la solidaridad humana.

Metodológicamente, hemos procurado reunir las diversas opiniones, analizarlas y yuxtaponer ideas éticas de una manera paralela²⁵⁰.

En todo caso, la ley sanciona la maternidad por sustitución por dos vías:

→ Si se basa en un contrato gratuito, es sancionada civilmente atribuyéndose la maternidad a la mujer gestante o sea, la madre de sustitución. No operan los efectos del contrato puesto que éste es nulo.

²⁵⁰ Siguiendo un liberalismo ético.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

→ Si se basa en un contrato oneroso, entonces, es doblemente sancionada: en el plano civil supone la nulidad del contrato y la atribución de la maternidad a la madre gestante y en el plano penal se sanciona hasta los dos años de prisión.

Así, directa o indirectamente, el legislador castiga severamente la maternidad de sustitución. Sin embargo, con ello, “sanciona” también aquellas parejas que no consiguen, por las circunstancias que sean, tener hijos, “*em condições de plena igualdade*” (contrariando el art.13º/1 y el art.26º/1 CRP), agravando su sufrimiento – son estos que, en nuestro entender, merecen una legislación más permisiva.

El legislador de la LPMA, adoptó una postura discriminatoria, no admitiendo que estas parejas puedan estar en pié de igualdad con otras parejas. Una abertura legislativa para estas parejas no sería más que una corrección de la desigualdad en el plano social.

Pensando en estas parejas proponemos una solución diferente, apelando a una revisión legislativa de la LPMA, teniendo en mente que:



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

→ La gestación no afecta a la dignidad de la mujer gestante. Ésta sólo opta libremente por aceptar celebra el contrato, consciente de que en el ámbito de la autonomía privada, y a la luz de su autodeterminación corporal, cede el útero para servir a fines altruistas (art.1º CRP), y asimismo contribuir a superar las desigualdades ya mencionadas, representando un componente de equilibrio. También podemos, incluso, pensar que en una eventual compensación monetaria se podría regular como un “alquiler del útero” compensación vista como un “resarcimiento” del desgaste físico y por los “daños morales” inherentes, naturalmente, al embarazo²⁵¹ y sobretodo por compensarse la quiebra la natural conexión entre la gestante y el feto. Dicha compensación se justifica con la necesidad de reponer a la situación en que la gestante, inicialmente se encontraba antes de iniciar el embarazo – tema que analizaremos más adelante.

→ No afecta la dignidad del niño (art.1º CRP), sino que todo lo contrario, ya que el hecho de ser tan deseado se traduce en la voluntad de asumir todas las responsabilidades parentales de una maternidad y

²⁵¹ Si es que se puede así calificar puesto que es una de las mejores fases de la vida de una mujer.

paternidad. Además, nos parece que sería, incluso, más legítimo establecer la filiación a favor de la pareja de recepción que atribuir, como lo hace el legislador portugués, la maternidad a quién asumió una predisposición de renuncia de ser madre y, consecuentemente, al deseo de no tener hijos. Aquí es importante, una vez más, preguntar: ¿atribuyendo la filiación y las inherentes responsabilidades parentales a la madre gestante, se está ponderando el interés superior del menor?

→ De igual manera, no consideramos que sea una instrumentalización de la persona humana. Así, hemos optado por distinguir el “ser” del “hacer”: en el primero importan las propias aspiraciones del ser humano, los objetivos que implican la realización personal en el ámbito de la autonomía privada, en la vertiente del derecho al desarrollo de la personalidad, a la reserva de intimidad privada y familiar, y en el derecho de constituir familia y, en este caso, el de procrear²⁵², que se traduce en el legítimo deseo de ser madre/padre y que nada tiene de pernicioso; en el segundo percibimos a la persona como “entidad” prestadora de servicios, que realiza, o ayuda a la realización

²⁵² Como ya tuvimos oportunidad de defender no ponto. 5.1.4. do presente estudio;

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

de determinados fines, los cuales son legítimos y, en este caso, incluso dignos de alabanza. Por los motivos expuestos, no se ve la maternidad subrogada como medio de realización personal de otros, como instrumentalización de la propia persona (por lo menos cuando sea a título gratuito).

→ Si se admite que los progenitores renuncien de sus hijos para entregarles en adopción, después de su nacimiento, ¿por que no admitir que cedan ese “derecho” a favor de persona determinada, antes de ser concebido? ¿Porque no consentir que el contrato según el cual la gestante (o futura gestante) se compromete a entregar el niño después del alumbramiento a otras personas, tomando paralelamente como modelo la adopción²⁵³? Incluso por qué, como bien sabemos, en Portugal, el proceso de adopción, propiamente dicho, tarda, de media, cerca de tres años

²⁵³ Además, este ya es el modelo legal en los EE.UU. que siguen el régimen de los artículos 801-809 del Uniform Parentage Act (por ejemplo Florida, Alabama, Delaware, Nuevo México, Dakota del Norte, Oklahoma, Texas, Utah, Washington, y Wyoming). Pero no sólo los EE.UU.; la Ley 5746 – 1996 de Israel, se fundamenta en el establecimiento de filiación derivada de la maternidad subrogada en la adopción (tras aprobación por un Comité gubernamental, compuesto por psicólogos, médicos, un representante de la religión y un jurista), el cual también atesta la validez del acuerdo y el cumplimiento de los requisitos legales), aunque sólo es recurso permitido a las parejas casadas heterosexuales. (Cfr. FARNÓS AMORÓS, “Inscripció a Espanya de la filiación derivada de l'accés a la maternidad subrogada a Califòrnia – Qüestions que planteja la Resolució de la DGRN de 18 de febrer de 2009” en InDret, Barcelona, 2010, p. 18 - 21).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

(pudiendo ser significativamente más)²⁵⁴, lo que puede significar un contexto familiar, en esos tres años, traumático. Con la maternidad subrogada, tras el parto el menor tendría un ambiente familiar estable e, incluso, más deseado.

→ En la mayoría de las situaciones, precisamente por los fines desinteresados (suponiendo contrato no oneroso), no viola el orden público ni tampoco las buenas costumbres (además, invocadas en el art.280°CC)²⁵⁵. No podemos considerar que hay violación de las buenas costumbres, por lo menos unánimemente, ya que la presente discusión

²⁵⁴ In Jornal “Destak” do dia 28 de Janeiro de 2011, edição nº 1523, Ano 9º, p. 5.

²⁵⁵ “...que as normas de ordem pública, tanto no direito interno como no direito internacional, constituem os princípios indispensáveis para organização da vida social, conforme os preceitos do direito, consubstanciando um conjunto de regras e princípios, que tendem a garantir a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade. No Direito Civil, a expressão é utilizada quando se estabelecem limites à autonomia da vontade privada perante valores que o ordenamento quer preservar que poderão estar consagrados ou não no texto da norma. Mormente no âmbito judicial, o conceito de ordem pública designa um mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e com segurança (...) Por bons costumes entende-se um conjunto de regras, de práticas de vida, que, num dado meio e em certo momento, as pessoas honestas, correctas e de boa fé aceitam comumente. Neste sentido, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes se envolver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pela Sociedade.” Cfr. TARANTA, A., *Conceito de Ordem Pública e Bons Costumes e seus reflexos nos contratos*, Verbo Jurídico, 2008, p.6.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Internacional en torno de la maternidad subrogada apunta hacia una fuerte aceptación jurídico-social, luego, no viola la moralidad y justicia. Al revés, promover la justicia nunca puede pasar por sancionar las acciones promotoras de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, como es el caso de la maternidad por sustitución. Actualmente se discrimina a los ciudadanos en virtud de su infertilidad admitiendo algunas técnicas (como hemos visto) y prohibiendo otras, olvidando igualmente otras causas de infertilidad no previstas en la ley. Recuérdese lo que analizamos en los casos de infertilidad causada por la imposibilidad de lograr un embarazo hasta el alumbramiento, abortando sucesivamente, o los supuestos de situaciones de ausencia de útero.

→ Se afirma que esta figura viola el principio de la dignidad de la persona humana. En palabras de Jorge Miranda, la dignidad de la persona humana es “tanto da pessoa já nascida como da pessoa desde a sua concepção”²⁵⁶; siendo así, ¿el Estado, como Estado Social, no deberá asegurar y tutelar esa dignidad del ser humano, *in*

²⁵⁶LOPES CORDEIRO, A., “A problemática da procriação medicamente assistida face ao ordenamento jurídico português e brasileiro...”, Op. Cit., p.48.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

casu, del niño, a través del acceso a un hogar, un ambiente familiar, educación, formación que los padres de recepción desean dar? ¿No será que, paralelamente al derecho de formar familia, al derecho de constituir una familia y planificación familiar (art.67º/2 al d) CRP) de la pareja, de satisfacer este deseo legítimo de tener hijos²⁵⁷ coexistirá la necesidad del Estado Social de tutelar dos derechos el que asiste al niño y el poder de verse acogido en una familia que le ansía?

No podemos considerar el sentido de que la crianza tiene derecho a conocer su origen, como argumento para censurar la maternidad subrogada (entre otros argumentos alegados por la corriente que está contra) y que su recurso podrá tener implicaciones mayores en el plano psicológico para el ser humano que nace según esta técnica. La verdad es que, abriendo el espacio legislativo para la maternidad subrogada, aunque a título excepcional, el Estado Social está salvaguardando los intereses del niño y, así, su dignidad, en la medida que tiene una familia que promueve su bienestar²⁵⁸.

²⁵⁷ Más legítimo incluso que el de la madre gestante que renunció a ese deseo.

²⁵⁸ En este sentido, podremos hacer referencia a la **Convención sobre los Derechos** del Niño – adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Portugal el 21 de septiembre de 1990 – del cual podremos coger, al largo de su texto legal, la



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Este medio tutela el destino y futuro de los menores que la propia Constitución consagra.

→ Y, en consonancia con la anterior, si a todos es reconocido el derecho de constituir una familia (art.36º/1) y procrear, prorrogando su existencia a través de su descendencia, como hemos mencionado *supra*, entonces se supone que si el titular del derecho es infértil o no puede quedarze embarazado, deberá poder acudir a los medios de procreación asistida, entre los cuales está la maternidad subrogada.

→ No nos parece apropiado que la maternidad sea atribuida a la madre gestante²⁵⁹, aunque ésta no sea la madre

referencia, por diversas veces a las obligaciones del Estado asegurar los intereses del niño, amparando medidas positivas, en el plano legislativo y administrativo, que salvaguarden su inserción en un ambiente de protección, cuidado y bien-estar.

²⁵⁹ “Nestas condições, será cada vez mais difícil manter o parto como critério incontestável da maternidade. As mães genéticas hão-de procurar impor o reconhecimento da sua ligação biológica; e será relativamente mais fácil diminuir o peso das pretensões da mãe geradora (...) se tudo isto for verdade, admito que os sistemas jurídicos venham, mais tarde ou mais cedo, a prever um modo específico para determinar a identidade da mulher que deu o óvulo e quer o filho; e a conceder o afastamento do parto como factor determinante da maternidade”. (GUILHERME OLIVEIRA, “Mãe há...”, Op. Cit., p. 76 e 77).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

biológica/genética²⁶⁰, la cual podrá, incluso, donar el hijo para adopción²⁶¹ - cfr. arts. 1801^o²⁶², 1982^o y 1983^o²⁶³ CC. Efectivamente, nos parece que la atribución de la maternidad a favor de la gestante acabará por ser, en algunas situaciones, un abuso de poder, en la modalidad de *venire contra Factum proprium*, grave y ofensivo de la buena fé, si pensamos que es permitido por la ley²⁶⁴/²⁶⁵.

²⁶⁰ Soluciones jurídicas internacionales pugnan por otra solución. Así, como ejemplo, en el Reino Unido, los acuerdos de maternidad subrogada, desde que homologados judicialmente, establecen la filiación a la pareja comitente, o sea, a la madre de recepción, aunque no coincida con la verdad biológica. También en el ordenamiento Griego (desde modificaciones legislativas de 2002), la maternidad es atribuida a la madre comitente, desde que, haya obtenido autorización judicial para acudir a la técnica de reproducción en estudio. A su vez, el sistema Belga, desde 2007, reconoce como madre la de recepción que reconoció la crianza y que se comporta como tal – es, por lo tanto, un sistema mixto que se fundamenta en el reconocimiento confirmado en la posesión de estado.

²⁶¹ No será tan descabellado si pensamos que ella asumió no querer la maternidad y, habiendo conflicto, el ordenamiento jurídico le ha impuesto unilateralmente la maternidad y, repítase, no queriendo ser madre, entrega al niño en adopción (perjudicando aquellos a quien pretendía entregar el niño), a una institución de caridad o un orfanato cuando podría, verdaderamente, vivir feliz con los que la aman, quieren, desean y que, incluso, pueden ser sus progenitores biológicos.

²⁶² Según el cual “Para as acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”.

²⁶³ En el mismo sentido Cfr. PAMPLONA CORTE-REAL, C., SILVA PEREIRA, J., *Tópicos para uma Reflexão Crítica*, AAFDL, Lisboa, 2008, p.144.

²⁶⁴ Defendemos este argumento en la medida en que este tipo de abuso rellena los requisitos exigibles a la luz de la ley portuguesa: prohibición de comportamientos contradictorios (acordar la entrega del niño después de su nacimiento), con la consecuente frustración de expectativas creadas (conseguir concretizar el sueño de asegurar descendencia), en las cuales un



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

→ De igual forma hay que recordar que, la figura de la maternidad subrogada conlleva una finalidad de protección de la salud, sobretodo psíquica, ya que, puede descartar las frustraciones resultantes de la infertilidad y enfermedades transmisibles (para situaciones evidentes);

Siguiendo esta línea de razonamiento, la solución adoptada por el legislador portugués en aceptar el criterio biológico como regla, invocando que se tiene en cuenta el interés más ponderoso del niño, ya no sigue, si es que alguna vez acompañó, la realidad socio-cultural subyacente.

tercero haya legítima e razonablemente confiado (por veces en la base de esta situación esta un contrato).

²⁶⁵ Parte de la doctrina española incluso sigue pugnando por la solución de no establecer ciegamente la filiación en beneficio de la madre gestante. “En otras palabras, no cabe pensar, aunque estemos ante un fraude de ley (imperativa), que el fraude todo lo corrompe (fraus omnia corrumpit) con la sanción correspondiente. Estamos ante una ley de policía contractual y los tribunales pueden establecer, por reconocimiento, la paternidad biológica. E incluso, en algunos casos, cabría pensar en establecer (siendo imposible el determinar la madre gestante) la filiación biológica de la madre de intención cuando es la genética, lo que se correspondería, en tal caso, con la verdad biológica. Y, si no fuera el caso, cabría abrir la adopción del hijo biológico por parte del cónyuge o su paternidad/maternidad social tras cierta “posesión de estado”. Salvo, claro está, que la madre gestante lo reclamara, pero siempre que ello fuera en el interés del menor”. (Cfr. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada – en torno de la R.D.G.R.N de 18 de febrero de 2009” en InDret, Barcelona, 2009, p.20)



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En efecto, teniendo en cuenta el interés de la crianza en el contexto constitucional²⁶⁶ parece que el legislador niega asegurar la mayor posibilidad de ese papel parental y mejor consolidado por la pareja de recepción²⁶⁷ que la considerada “madre jurídica” – que quería rechazar concientemente ese mismo título parental.

Asimismo, a propósito de la filiación maternal, hemos tenido oportunidad de comprobar que no siempre el criterio biológico, tomado como absoluto, presenta los resultados más deseables. Además, en la filiación paterna, el criterio volitivo asume especial enfoque – el consentimiento es exigido a quien va ser, jurídicamente, el progenitor.

Fue sobretodo, teniendo en cuenta estas parejas que recurren a este método por ser el único y más adecuado, que entendemos que debería ponderarse una opción intermedia entre el Derecho Inglés y el Norte-Americano, como más veremos adelante²⁶⁸.

²⁶⁶ Como hemos tenido oportunidad de observar.

²⁶⁷ Que además expresó su voluntad de arrogarse ese papel, tener ese hijo y queriendo ejercer una maternidad y paternidad concientes.

²⁶⁸ De acuerdo con los cuales se admite la maternidad subrogada, siempre que concurren ciertos requisitos.



5.2. Régimen Jurídico de la Maternidad por Sustitución en el Ordenamiento Jurídico Español

*Sara, la mujer de Abraham, no tenía hijos. Pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar, y dijo a Abraham: Mira, Yahvé me ha hecho estéril; entra pues, a mi esclava, a ver si por ella puedo tener hijos.
Génesis 16, 1-3*

Como hemos tenido oportunidad de observar, la ley portuguesa prohíbe la maternidad de sustitución, decretando la nulidad el contrato de gestación y criminalizando esa conducta cuando es practicada a título oneroso.

La ley española, por su parte, a pesar de ofrecer menos resistencia a las técnicas de reproducción humana asistida, considera también nulos a los contratos cuyo objeto es la gestación por sustitución.

La gestación o maternidad de sustitución, se encuentra regulada en tres números del artículo 10º de la LTRHA:



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Así, el primero, sanciona con nulidad los contratos que tengan por objeto la gestación por sustitución independientemente del precio.

El segundo determina la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución, siendo semejante a la legislación portuguesa: la madre es quien pare (*vide* 10.3), es decir, la gestante.

Finalmente, el tercero permite que el padre biológico reclame la paternidad, según las reglas generales, aunque el establecimiento de la filiación, para los hombres españoles, no está libre de polémicas²⁶⁹.

²⁶⁹ Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, DGRN, de 18 de febrero (RJ 2009/1735) estimó un recurso interpuesto por dos hombres españoles contra el auto del Encargado del Registro Consular español en Los Ángeles. Esta entidad denegó la inscripción del certificado de nacimiento, el cual declaraba como hijos suyos los hermanos gemelos. Estos habían sido fruto de la maternidad subrogada, en San Diego, estado de California. El Encargado del Registro Consular se basó el artículo 10 que prohíbe la maternidad subrogada. Los hombres, casados desde 2005, habían intentado la adopción Internacional, sin lograrla, motivo por el cual decidieron trasladarse a los EE.UU. y encontrar una madre subrogada. Evidente que, este problema no sólo se plantea en ámbito de filiación masculina y homosexual, sino también en el ámbito del turismo reproductivo y consecuente legitimación (o no) de la maternidad subrogada.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Antes de analizar el régimen jurídico y los porqués del mismo, primero hay que centrarse en el concepto de gestación por sustitución, en segundo lugar, advertir que, en la base de la regulación, hay razones de matiz extra-jurídicas, como las morales, éticas o sociales y, en tercer lugar se observa que la opción legislativa española tuvo en cuenta el contexto global: un sistema jurídico que pretende ser coherente con sus principios. Los ordenamientos jurídicos que admiten esta figura tienen características y valores muy distintos, por lo que, antes de presentar alguna propuesta de modificación, hay que examinar su viabilidad en el contexto español, quizás Ibérico.

En los ordenamientos jurídicos romano-germánicos no se reconoce la maternidad de sustitución, en cambio los ordenamientos anglo-sajones si la admiten²⁷⁰.

Entienden nuestros legisladores que admitirla sería permitir el servilismo y la exploración de los débiles, y sería

²⁷⁰ “En definitiva, el contraste entre ambos tipos de política legislativa en materia de reproducción asistida (una legislación mas “abierta” en la que se admite la elección del modelo de familia, frente a otra mas “cerrada” en el que se continúa con el modelo tradicional aunque en algún caso coexistan con él otros alternativos), depende de los principios y valores constitucionales radicalmente diversos, y del contraste entre un modelo constitucional impregnado de la Right of Privacy o de un modelo de constitución que pone el vértice de los valores en la dignidad humana y la familia”, sigue explicándose que uno de los motivos determinantes que justifican la permisión en los sistemas anglosajones es “la idea de autonomía procreativa de la mujer”, independientemente de precio, así como la actitud poco paternalista del Estado. Op. Cit., 362 a 364).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

contrario a los principios fundamentales de orden público, violaría la dignidad y la intransferibilidad de la persona y constituiría una violación de las normas de adopción²⁷¹.

Entre la doctrina española se define la maternidad de sustitución de la siguiente manera:

“el supuesto que el artículo 10 de la LTRHA regula, ha sido definido como el contrato a través del cual la pareja comitente (los que solicitan los servicios de gestación de otra mujer) al no poder llevar a cabo un embarazo, convienen con una tercera persona un acuerdo de gestación en útero ajeno (la que será madre gestante), para que se le implante un embrión o sea inseminada y lo gestee hasta el alumbramiento, de modo que llevado a término, la gestante renuncia a su maternidad y entregado el niño a la pareja comitente, es la mujer de esa pareja la que adquiere los derechos sobre el hijo así nacido”²⁷².

²⁷¹ Argumentos utilizados en la sentencia de la Corte Suprema de New Jersey de 3 de Febrero de 1988, por el Tribunal Italiano de Monza de 27 de Octubre de 1989 y de la Corte de Casación Francesa en Asamblea Plenaria de 31 de Mayo de 1991.

²⁷² COBACHO GÓMEZ e INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p. 354.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También puede entenderse como “*la que origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como madre propia*”²⁷³.

Es posible también la maternidad subrogada parcial y sustitución parcial, cuando el material reproductor o embrión es aportado por la familia comitente, o se implanta un embrión donado, un embrión de la gestante fecundado con espermatozoides de un donante o la inseminación ocurre con semen de un hombre que reclamará la paternidad.

En otras palabras, “*en la maternidad biológica plena la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos*”²⁷⁴.

Curiosamente no se incluye en el concepto de maternidad de sustitución el acuerdo entre hombre y mujer

²⁷³ Cfr. GAFO, J., *Nuevas técnicas de reproducción asistida*, Comillas, Madrid, 1986, p.91.

²⁷⁴ COBACHO GÓMEZ e INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p. 366.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

según el cual ella será inseminada con semen de tercero y, nacido el menor, se le entregará al primero.

Porque no hay madres distintas – biológica y de sustitución – es lo mismo que decir que no hay una mujer que renuncie a sus derechos de madre en beneficio de otra.

De este modo, en la maternidad de sustitución, podrán coincidir donantes de las células germinales con madre y padre de recepción; podrán coincidir parcialmente, o sea, el gameto proviene de un miembro de la pareja (óvulo o semen), o podrán ambos gametos pertenecer a terceros²⁷⁵.

García Pérez dice incluso²⁷⁶ lo siguiente:

“Nótese, no obstante, que a todas luces no es indiferente que la madre comitente aporte su material genético (de manera que además de la voluntad de ser madre – social – es biológica), frente a cuando no lo aporta y sólo desea que le sea entregado el hijo gestado por otra (que además puede haber aportado también su propio óvulo). En este último caso, ya no lo decíamos, no se produce una maternidad subrogada,

²⁷⁵ Para más explicaciones, vide supra capítulo 6.

²⁷⁶ GARCÍA PÉREZ, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p. 366 y 367.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

sino como sencillamente se ha apuntado la entrega del hijo propio al nacer”²⁷⁷.

No obstante, el régimen jurídico español no establece una definición legal ni tampoco establece la diferencia entre maternidad subrogada plena o parcial.

Debemos advertir que nos parece más adecuado el término que el legislador español opta al utilizar, a pesar de las varias designaciones atribuidas: gestación por sustitución, por las razones que ya hemos tenido oportunidad de exponer²⁷⁸.

5.2.1. El contrato de gestación y sus consecuencias jurídicas

*Lo que está encima de cualquier precio y que, por lo tanto, no admite
equivalente es lo que tiene dignidad.*

Kant, Fundamentación de la Metafísica de Costumbres

²⁷⁷ En el mismo sentido Cfr. TRABUCCHI, Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista, Milán, 1987, p. 12; CARCABA FERNÁNDEZ, Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Bosh, Barcelona, 1995, p.166.

²⁷⁸ Vide Capítulo 5.1



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Al igual que el ordenamiento jurídico portugués, el ordenamiento jurídico español califica esta relación como un contrato, aunque lo considere nulo.

Es distinto de los contratos típicos, y se le califica como negocio jurídico atípico de derecho de la familia, promesa unilateral, “*gentlemen’s agreement*” o como un acto ilícito (civil o penal) ²⁷⁹.

Es común entre los países de la *common law* que lo admiten, calificarle como contrato ya que estos son más fiables al proteger más eficazmente los intereses del menor. Consideran también que las promesas unilaterales son insuficientes, pues que no permiten proporcionar el elemento de reciprocidad.

Vimos, *supra* en el punto 5.5.1 que, en Portugal, la mayoría de la doctrina opta por considerarlo un “contrato de servicios”, aunque atípico.

La doctrina española tiene un amplio sector que también lo califica como contrato, si bien reconoce sus limitaciones con esa designación. Existen, otros autores que lo cuestionan

²⁷⁹ Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, “Los problemas jurídicos...”, p.168; DE CASTRO, “El negocio Jurídico”, Editorial Civitas, Madrid, 1985, Op. Cit., p.33 y 34; D’AVACK, *Nascere per contratto: un’ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare, il diritto di famiglia e delle persone*, Milan, 2000, p. 733.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

invocando el argumento de que en el “negocio” hay una ausencia de verdadera obligación jurídica o natural de entregar el hijo²⁸⁰, es decir, hay una inexigibilidad de obligaciones, argumento suficiente para reprimir esa calificación.

No obstante la expresión utilizada por la ley, Rivero Hernández entiende que tenemos de considerarlo o no según la causa. Entiende que no estamos delante de un verdadero contrato cuando la causa se funda en la onerosidad – aquí estaríamos delante de un acto ilícito en virtud de la causa y del objeto. Considera que si el fundamento del acuerdo se asienta en la gratuidad, entonces tendríamos un acuerdo válido, dado que la causa se suaviza²⁸¹.

Según De Castro²⁸², podría asimilarse al supuesto del artículo 1.275 CC “*contrato sin causa, causa ilícita*”. La causa es

²⁸⁰ Aunque muchos autores, a pesar de afirmar no ser un contrato, lo conciben como simple “gentleman’s agreement”, sin exigibilidad jurídica, pero casi comparables a una obligación natural o puramente morales, en que la honradez es suficiente para implicar su cumplimiento – “pudores et aequitas vinculum”. Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1982, p.219; CARCABA FERNÁNDEZ, “Los problemas jurídicos...”, Op. Cit., p. 369.

²⁸¹ Cfr. RIVERO HERNANDÉZ, *Elementos de Derecho Civil*, vol.IV, 3ª ed., Dykinson, 2008, p. 164 y 165. En el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p.656.

²⁸² González Morán, “Dilemas Éticos de la medicina actual – Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales...”, Op. Cit., p. 149.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

ilícita “cuando se opone a las leyes o a la moral” y estos contratos “no producen efecto alguno”, aplicandose el artículo 1.306 para el supuesto de contrato concertado con “causa torpe que no constituyera delito ni falta: 1º cuando la culpa está de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”.

Después de una exhaustiva exposición, García Pérez, en “Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”²⁸³, sigue subrayando que tampoco podrá ser considerado un contrato. Veamos que fundamentos invoca la autora para sustentar su posición:

“Se dice en la maternidad subrogada el cauce del artículo 1271²⁸⁴ CC con referencia al objeto del contrato (no podrán serlo las cosas extra commercium y los servicios que

²⁸³ COBACHO GÓMEZ e INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...” Op. Cit., p. 371 y 372.

²⁸⁴ Artículo 1271 – “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrán, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contratos todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres”.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

sean contrarios a las Leyes o las buenas costumbres), determinaría la falta de aptitud del objeto o del servicio para ser materia del contrato, lo que permitiría aceptar la inexistencia del convenio (...) al carecer de objeto, falta uno de los elementos esenciales del mismo, lo que origina que éste sea inexistente (...). A la misma conclusión se llega por vía de la causa, pues su ilicitud conllevaría la imposibilidad de que surgiese relación contractual alguna (artículo 1275 CC) (...) no hay tal contrato, nada cabe existir. Además, la vulneración de normas imperativas o prohibitivas, sea cualquier su origen (...) pueden impedir el nacimiento del negocio. No obstante, la ausencia de un régimen jurídico propio de la inexistencia, nos conduciría a aplicar, de igual modo, el previsto para la nulidad”.

Cabe mencionar la propuesta de regulación/calificación de Vela Sánchez relativo al acuerdo de gestación:

“(...) es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción - mediante técnicas de reproducción asistida - y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido - cuyo origen biológico debe constar claramente - a los otros



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético”²⁸⁵.

El autor admite la posibilidad de onerosidad del contrato de gestación, incluyéndolo en el plano del Derecho de Familia. Adelanta este autor que tal concepto está de acuerdo con el Informe de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre, como analizaremos más adelante²⁸⁶.

En resumen, a pesar de todas las construcciones doctrinales²⁸⁷, la verdad es que la LTRHA, por los motivos aducidos y expuestos, es inequívoca pues lo configura como un contrato (aunque nulo²⁸⁸). Tenemos que calificarlo como un contrato atípico, cuyas consecuencias se sitúan entre la inexistencia y la nulidad.

²⁸⁵Cfr. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 Octubre de 2010,” en Diario la Ley, nº 7621, Sección Doctrina, 3 May. 2011.

²⁸⁶ Vide 6.1.2.

²⁸⁷Como veremos después sobre la admisibilidad de la figura de la maternidad de sustitución, sintetiza Marina Pérez Monge las opiniones en contra y a favor Cfr. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España : regulación versus realidad” en REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Julio – Agosto, Ed. Reus, p.51.

²⁸⁸ Aunque el padre biológico puede reclamar la paternidad.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Veamos ahora, cual es el valor jurídico modelado para la maternidad de sustitución y sus consecuencias en el plano jurídico.

García Pérez, justifica la consecuencia plasmada en la LTRHA de la siguiente manera:

“No obstante, la ausencia de un régimen jurídico propio de la inexistencia, nos conduciría a aplicar, de igual modo, el previsto para la nulidad...”

¿Entonces, que significa para la autora?

“No obstante la calificación hecha por el artículo 10, aunque de acuerdo con la prohibición que contiene, no es un verdadero contrato (si es que está de acuerdo con el instrumento de negociación de reglamentación de las relaciones jurídicas patrimoniales y máxima expresión de la autonomía privada y de la que en línea de principio quedaría excluida la disposición del propio cuerpo y el status familiae), sino un comportamiento, un acto ilícito (por su causa y objeto)



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

*al que expresamente se refieren los artículos 1305²⁸⁹ y
1306²⁹⁰ CC”.*

De lo expuesto y del citado artículo 1305 CC, podemos entender que la nulidad deriva del objeto o de la ilicitud de la causa. Además, en nada sorprende la aplicación de este artículo para explicar la nulidad del contrato de gestación atribuido por la LTRHA, ya que hemos tenido oportunidad de analizar que en

²⁸⁹ Artículo 1305 –

“Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

²⁹⁰ Artículo 1306 –

“Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

cuando la culpa está de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiese ofrecido.

Cuando esté de parte un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

el ordenamiento jurídico portugués aquel desvalor busca sus fundamentos en la ley civil²⁹¹.

De igual manera, es importante esclarecer que las normas relativas al estado civil de las personas son imperativas y de orden público y, equivale a un derecho personalísimo, intransmisible y, por eso, excluidas del comercio (artículo 1.271 CC).

Así, directa o indirectamente, una de las finalidades que se pretende alcanzar es que una de las “madres” tenga que renunciar a sus poderes-deberes de la maternidad – motivo por el cual se sanciona con nulidad (o inexistencia), una vez que se trata de una materia indisponible y irrenunciable – la filiación materna.

¿Que consecuencias se prevén para tales conductas?

El legislador español no fijó los efectos de la violación de las normas de la LTRHA.

²⁹¹Vide ponto 5.1.1. – uno de los argumentos utilizados es, exactamente, la nulidad del objeto del contrato en causa por ser contrario a la ley, orden público y buenas costumbres, en los termos del art. 280º CC;



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Esquemáticamente, aparte de la nulidad patente en el artículo 10, el incumplimiento de esta norma implica las correspondientes sanciones administrativas (artículo 24.2) y, podrá conducir a sanciones en el plano civil y penal.

El régimen penal aplicable está regulado entre los artículos 220^{o292} y 222^o del Código Penal.

Como dispone el artículo 220.1, “la suposición de parto²⁹³ será castigada con pena de prisión de seis meses a dos años; y bien así, quien entregar a otra persona un hijo para

²⁹² Artículo 220 –

“La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

Los ascendentes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuarto a diez años.

Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses aun año”.

²⁹³ Véanse los criterios exigidos para la comisión de un delito de suposición de parto en STS, Sala de lo Penal, de 6 de junio de 1980 (RJ 1980, 2512) y en el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de Enero de 2005 (JUR 2005, 79326).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

alterar su filiación (mismo que exista alguna relación de parentesco), mediante una compensación económica²⁹⁴, incurrirá en pena que va desde un hasta cinco años y será inhabilitado para el ejercicio de patria potestad por un período entre cuatro y diez años (artículo 221 CP²⁹⁵); los intermediarios, a su vez, están subyugados a la misma moldura penal, acrecida (artículo 222 CP²⁹⁶) de la inhabilitación especial de mínimo de

²⁹⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de Febrero de 2003 (JUR 2004, 180344), y las SSAP La Coruña de 16 Octubre de 2002 (ARP 2003, 321) y La Rioja de 22 de Enero de 1999 (ARP 1999, 144).

²⁹⁵ “Artículo 221 –

Los que, mediante compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de un a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

²⁹⁶ “Artículo 222 –

El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

dos y máximo de seis años para “*empleo o cargo público, profesión u oficio*”.²⁹⁷

Si el hecho delictivo implicó daños, puede invocarse responsabilidad en el plano civil, sumándose a las penas referidas, aparte pues de las consecuencias específicas de los artículos 1305 y 1306 CC.

A pesar de que la LTRHA no sanciona específicamente la maternidad de sustitución, regula un capítulo para infracciones y sanciones reguladas entre los artículos 24 y 27°.

Así, en los centros de reproducción humana asistida o clínicas, podrán incurrir en responsabilidades administrativas

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”.

²⁹⁷ Citando VIDAL MARTÍNEZ y BENITEZ ORTUZAR, Maria Pérez Monge explica que “estos artículos son aplicables a los convenios de maternidad de sustitución. Ahora bien “sólo cuando además las conductas de la mujer que contrata y la contratada suponen la realización de las conductas descritas en el [...] Código Penal, diremos que en el Estado español la maternidad subrogada tiene efectos jurídico penales”. Todavía, explica que, relativamente a la acción penal, debe tomarse en consideración (según Quiñones Escaméz) que si “la maternidad subrogada tenga lugar en el extranjero (territorialidad de las leyes penales) limita la acción penal (no siendo frecuente tampoco la persecución de tales actos), salvo que se opte por considerar que el fraude relativo a la alteración del registro civil se produce al volver al país y solicitar la inscripción, Op.Cit. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada p.51.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

por prestación de servicio ilegal – tal como resulta del artículo 25 LTRHA – aunque sea una infracción leve (artículo 26 alineación a)).²⁹⁸

En el presente estudio, procederemos a la exposición de diferentes orientaciones doctrinarias españolas. Recordemos que habían sido ya debatidas algunas cuestiones y esgrimidos argumentos relativos a la temática ahora en estudio, anteriores asimismo a la promulgación de la LTRHA 88’.

La gran mayoría de la doctrina se ampara en la idea de que la libertad de procrear no es absoluta, incluso advierten que

²⁹⁸ *Sobre este asunto refiere asimismo op.cit PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada...” p. 50,*

“...Como se recoge en la prensa lo que hacen los centros españoles es, únicamente, poner en contacto a parejas españolas y americanas. Algunos autores, antes de la reforma del Código Penal de 1995, han puesto de relieve que, en la regulación contenida en el artículo 10 de la LTRHA, “en la descalificación sólo va dirigida a la validez jurídicocivil del contrato y, por lo tanto, a su exigibilidad, pero que la ley no incluye entre las infracciones que contempla, ni la contratación de la maternidad subrogada, ni la intermediación, ni la publicidad comercial de este servicio”. *En este mismo sentido se pronunciaba GÓMEZ SÁNCHEZ, que consideraba:* “Es poco probable que, dada la contundencia de la prohibición del artículo 10.1 de la Ley de Reproducción Asistida, ningún centro autorizado participe en pactos de maternidad subrogada, pero la LTRHA no contempla como falta grave o muy grave (art. 20) el incumplimiento de lo preceptuado en el ya citado artículo 10.1. Hubiera sido, quizá, conveniente establecer algún tipo de medida sancionadora para los centros autorizados que participen en este tipo de pactos ilegales. La LTRHA tampoco ha incorporado ninguna sanción específica, si bien pueden incluirse estas conductas en el artículo 26, relativo a las sanciones. 26.2.c.2.”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

tampoco está reconocida y concebida como un derecho efectivo; al revés, sería reconocida por el Estado y, como tal, podría exigirse el cumplimiento y la remoción de obstáculos a su concretización. *In extremis*, siguen explicando que la libertad de procrear debe reducirse a la simple posibilidad de utilizar la vía sexual inherente a la propia naturaleza.

Del mismo modo, dicen varios autores que el hijo así procreado se ve privado de toda la tutela, siendo responsable de todas las consecuencias no deseadas²⁹⁹.

Se defiende la nulidad del contrato de maternidad de sustitución con fuertes argumentos^{300/301} cimentados en normas civiles:

²⁹⁹ Como ocurrió en California, en Abril de 1998, en el caso Buzzanca Vs Buzzanca, en que una pareja solicitó los servicios de una “madre de alquiler”. Un mes antes del nacimiento, la pareja se divorció y el “padre” renunció a los derechos de paternidad. La madre gestante demandó al matrimonio para que se cumpliese el contrato. La solución llegó tres años después, y mientras la niña permaneció todo ese tiempo en los Servicios Sociales.

³⁰⁰ “Argumentos contra la maternidad subrogada (sobre todo si existe contraprestación económica):

- a) Socavan la noción tradicional de familia – en concreto, de la madre subrogada.
- b) Utilización de las mujeres pobres por las ricas, en cuanto que la “maternidad subrogada permitiría a una elite económica utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

c) Supone explotación y manipulación de la mujer. En este sentido, el futuro padre biológico o la agencia en su nombre actúan deliberadamente como inductores utilizando la contraprestación económica como forma de conseguir su objetivo

d) El hecho de que las madres subrogadas “no pueden, de antemano, predecir cuáles serían sus actitudes hacia los niños que dan a luz, y, además, porque la entrega de los bebés las hacen sujetos posibles de sufrimientos emocionales

e) El equilibrio del niño puede ser influenciado por el comportamiento adoptado respecto de él durante el embarazo. Por ello MASSAGER sólo admite la gestación para otro cuando se hace para ayudar un ser querido, ya que es primordial el interés del niño. Considera que si en futuros estudios científicos se demuestra que la gestación para otro es gravemente perjudicial para los así concebidos, se debe prohibir el procedimiento. Por ahora, mantiene una actitud de tolerancia controlada, porque la elección de recurrir a una u otra técnica realza la libertad de las parejas, y además porque en la práctica se realiza y daría lugar a un turismo procreativo. En consecuencia, propone la admisión de la gestación para otro sometida a determinadas condiciones.

f) La gestación para otro no es una terapia que cure la esterilidad, ya que si se pretende tener (procrear) otro hijo, será necesario acudir a procedimiento de nuevo.

g) La exigencia de proporcionalidad del acto terapéutico se ignora, ya que la intervención se practica en un sujeto sano. Sin embargo, en ocasiones se equipara al sujeto que dona médula ósea por solidaridad. El CCNE (Comité Consultivo Nacional de ética) de Francia no acepta la gestación para otro. En concreto califica de inaceptable el carácter lucrativo de tales operaciones. Las razones contra la legalización de la maternidad de sustitución con contraprestación económica son: - “Desde la perspectiva de la madre: 1) La aceptación de este tipo de contratos llevaría a la comercialización de la capacidad reproductora _ de la mujer (...) y 2) supone la explotación física emocional y económica de las mujeres (...) – Desde la perspectiva del futuro hijo: la ejecución de estos contratos infringe la prohibición de vender un niño” (Cfr. PÉREZ MONGE, *La filiación Derivada de técnicas de Reproducción Asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p.334 y 335). En el mismo sentido, Cfr. QUIÑONES ESCÁMEZ, en “Doble filiación paterna...”, p. 18.

³⁰¹ También RIVERO HERNÁNDEZ, descalifica la maternidad subrogada si existe retribución económica y la tolera en caso contrario. Afirma: “Creo innecesario detenerme a criticar, desde cualquier punto de vista (ético,



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- por la ilicitud de la causa³⁰²
- en virtud del objeto³⁰³
- por ser contrario a las buenas costumbres³⁰⁴,

social, jurídico), ese mercado degradante que pretende disfrazar bajo cierta juridicidad egoísmos y actuaciones lindantes con lo penal y conductas atentatorias a la dignidad de la mujer-madre y en general de la persona humana. Pero creo que merecen más atención y otra consideración aquellos » que ante una grave deficiencia y con paralela repercusión en la mujer o en la pareja, otra persona (la hermana, una amiga) se brinda benévola y altruistamente a gestar un pre-embrión el óvulo fecundado, de la pareja o de la mujer que no puede en absoluto darle vida humana, y una vez nacido el nuevo ser no desea retenerlo como hijo y no buscaba uno más como suyo, sino que se limitó a ayudar a su amiga o a su hermana (...) Creo (...) que cuando se trate de estricta colaboración altruista podría hablarse no ya de contrato gratuito (que no lo hay), sino de mero gentleman's agreement, acuerdo de caballeros, de personas serias, que están dispuestos a cumplir lo prometido, aunque no sea jurídicamente exigible, con ese limitado alcance". (Cfr RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, 2ª ed., Bosh, Barcelona, 1989, p.164 y 165).

³⁰² En ese sentido, Cfr. por ejemplo, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 159; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, "La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Febrero, 1988, p.3041.

³⁰³ En ese sentido, Cfr. por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. IV, 3ª ed., Bosh Editor, Barcelona, 1989, p. 164; RAMÍREZ NAVALÓN, "Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas", en *Revista General de Derecho*, 1987, p.6564; BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p.185 afirma incluso que "la inaptitud de la persona para ser objeto de contrato haría nulo el convenio de maternidad subrogada, de conformidad con los artículos (...) del Derecho de Contratos robustecidos hoy por otros de naturaleza constitucional".



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- por la contrariedad a la moral y orden público³⁰⁵,
- por ser incompatible con la dignidad humana³⁰⁶,
- por representar una oposición a las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los verdaderos contratos (cuando esté en causa la irrenunciabilidad de los derechos en situaciones relativas al orden público o mismo estado civil) ³⁰⁷,
- porque los negocios jurídicos relativos al Derecho de Familia están sustraídos de la autonomía privada³⁰⁸, siendo de carácter imperativo y de orden público, luego, indisponibles ³⁰⁹.

³⁰⁴ Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA, RODRÍGUEZ, MASSIGOGE BENEIGU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, p.159.

³⁰⁵ Cfr. Op. Cit, RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho...*, p.165; GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la reproducción humana”, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 141; MONTÉZ PENADÉZ, “Las categorías negócias en las técnicas de reproducción asistida” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Diciembre, 1994, p.975.

³⁰⁶ Cfr. Op. Cit, GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la reproducción...”, p.141; SIMÓ SEVILLA, “La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho Sucesorio”, Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, p.20.

³⁰⁷ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, p.120.

³⁰⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la reproducción...”, Op. Cit., p.138 y 139.

³⁰⁹ Cfr. VELA SÁNCHEZ, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler, Cuestiones que



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

A estos argumentos jurídicos se añadieron otro(s) de matiz más moral.

Así, frecuentemente se fija la atención en la pareja/mujer que quieren tener hijos o en la solidaridad de la gestante olvidándose, que el mayor foco de atención debería ser el interés superior del niño.

Incluso, existen voces que, que afirman que existe cierta hipocresía cuando se afirma que la maternidad es una situación privilegiada³¹⁰, dado que, tal como la ley está estructurada

suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en *Diario la Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 Abr. 2011, dice que es contrato de gestación “y lo es porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, y porque recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico (arts. 1255 (LA LEY 1/1889), 1271 (LA LEY 1/1889) y 1275 CC (LA LEY 1/1889)). Dicho contrato es opuesto también al derecho fundamental a la dignidad de la mujer gestante -y a la del hijo así concebido- (art. 10.1.º CE (LA LEY 2500/1978)) y al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. por tanto, es nulo el contrato que se celebra cuando una pareja compuesta por personas de distinto sexo es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, acordándose realizar una fecundación “in vitro” con material reproductivo de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer.”

³¹⁰ En el mismo sentido GARCÍA PÉREZ en, COBACHO GÓMEZ e INIESTA DELGADO, “Comentarios a la Ley...”, Op. Cit., p.371 y 372.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

aquella conlleva riesgos, designadamente ser entregue a una institución de caridad.

Finalmente, también el aspecto psicológico es tenido en cuenta para condenar la maternidad subrogada. Se invocan los problemas emocionales tales como el sentimiento de culpa, depresiones que afectan a las mujeres que dan a luz y entregan el menor, o el choque emocional del menor cuando conozca su “origen”³¹¹. Complementan esta idea con las eventuales enfermedades o problemas de naturaleza hereditaria que impliquen rechazo por parte de la pareja comitente o la posibilidad de explotación de éstos por las madres de alquiler.

Ana Quiñones Escaméz³¹² resume sucintamente:

“Los efectos perversos de la maternidad subrogada nos llegan a través de los supuestos de reclamación del menor por la madre gestante; o de los casos de rechazo, por ruptura de la pareja intencional, antes de que el menor nazca, o en

³¹¹ Lo explica sumariamente Esther Farnós Amorós, refiriendo que en contra la validez de los referidos acuerdos están los hechos de que los lazos que se crean en los meses de embarazo frenan la decisión libre e informada de la madre de sustitución, y podrá existir explotación de mujeres más desfavorecidas. (FARNÓS AMORÓS, en “Inscripció a Espanya de la filiació...”, Op. Cit., p. 6).

³¹² Cfr. QUIÑONES ESCÁMEZ, en “Doble filiació paterna...”, p. 18.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

aquéllos en los que el menor nace con dificultades. Ciertamente, podremos encontrar, aquí, parejas cuya imposibilidad de tener niños es dolorosa, pero no es menospreciable el riesgo que la mercantilización de la práctica (el llamado baby business en la India) o la incitación publicitaria en la “elección del niño perfecto” por catálogo -a través de la madre que aporta el óvulo- como ocurre en algunos Estados norteamericanos. Las repercusiones en el Niño (en la persona humana en general) han de sopesarse. Al igual que ha de conciliarse con la inversión que supone respecto al principio del “derecho del niño a una familia”, que no puede ser tampoco visto como la solución a una infertilidad. Ha de tenerse en cuenta que, el que los niños sean considerados como humanos autónomos y con derechos es reciente en la historia, y que desgraciadamente no lo es aún en todas partes”.

En el lado opuesto, hay argumentos para defender la maternidad de sustitución:

✚ La solidaridad que enlaza las parejas imposibilitadas de procrear con las mujeres que aceptan realizar sus proyectos de vida.



✚ La faceta antropológica e/o humanista que admite la maternidad subrogada a los que no consigan, por otra vía, superar su esterilidad.

A estos factores se une la idea de aceptación/legitimidad del contrato con los argumentos médicos y jurídicos:

- ✚ Indicaciones médicas establecidas³¹³
- ✚ Ausencia de espíritu de lucro
- ✚ Libre voluntad de la gestante de donar el niño, es decir, que no haya ejecución específica.

5.2.2. Filiación en la maternidad por sustitución

Es necesario abordar ahora, por su relevancia, el tema de la filiación en el ámbito de la maternidad de sustitución.

³¹³ “Donde está permitida, la maternidad subrogada se ha utilizado tradicionalmente por parejas heterosexuales en las que la mujer no tiene útero por causas congénitas o, como sucede más a menudo, porque le tuvo que ser extirpado en todo o en parte como consecuencia de un cáncer, a partir de una intervención quirúrgica llamada histerectomía. El recurso a la maternidad subrogada también tiene lugar cuando los órganos reproductivos femeninos no son funcionales porque concurre alguna causa de esterilidad o infertilidad que impide concebir o finalizar el proceso de gestación; o bien porque el embarazo está contraindicado por razones médicas”, (*Op.Cit. FARNÓS AMORÓS “Inscripción a España de la filiación...”*, p.5).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Se observa que el legislador tuvo el cuidado de reglamentar esta cuestión especialmente al incorporar esta materia en el segundo capítulo de la LTRHA:

“La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos” (artículo 7.1).

Así, dispone el artículo 10.2:

“La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.”

Como en la legislación portuguesa, también la española ampara el principio de la verdad biológica que reposa en la idea de que madre es quien dá a la luz y padre quien contribuye con el sémen – la paternidad, como se verá en el artículo 10.3, puede ser reclamada por el padre biológico. Sobre este artículo, cabe advertir que la solución dada por el legislador no podría ser otra, una vez que, al atribuir en el 10.2 la nulidad del contrato de gestación, sólo restaría, en coherencia con aquella solución, establecer la maternidad a favor de la gestante.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Desde la perspectiva legal, en el establecimiento de la filiación no hay dudas – la madre gestante es la madre legal, idea que deriva del principio *mater semper certa est*. Además, en el caso de la maternidad por sustitución, podemos concluir que, independientemente de quien contribuyó con los gametos femeninos (sea la madre comitente, sea donante anónimo o la misma madre gestante), la maternidad es siempre a favor de la madre que ha dado a la luz³¹⁴. Sin embargo, no nos parece justo, incluso si la mujer de la pareja de recepción ha contribuido con sus gametos, o el hombre de la pareja de recepción, que se deba asignar la filiación a la madre gestante.

¿Y que le sucede al hombre de la pareja de recepción?
¿Se establece la paternidad a su favor? ¿O siendo el contrato de gestación nulo, la paternidad, al final, no le puede ser atribuida?

¿Y en la hipótesis del contrato de gestación efectuado entre la gestante y la pareja de recepción, pero con los gametos masculinos procedentes de un donante?³¹⁵

³¹⁴ Como hemos visto en el capítulo dedicado a la legislación portuguesa.

³¹⁵ Esta hipótesis aun más que improbable porque implicaría que ambos miembros de la pareja fuesen infértiles o tuvieran ambas enfermedades infecciosas, etc.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En este sentido el artículo 10.3 establece que “queda a salvo la posible *acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme las reglas generales*”³¹⁶.

Incumbe así verificar cuales son las soluciones legales a las dudas planteadas.

Por tanto, si es nulo el contrato entre la gestante y la pareja comitente casada, valdrá la presunción legal del artículo 116.1 del Código Civil según el cual: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”³¹⁷ – aquí podría asimismo el conyugue de la gestante impugnar la paternidad en los seis meses después del nacimiento (artículo 117³¹⁸ Código

³¹⁶ Remete así el legislador para los arts 112 e ss del Código Civil, para los artículos 744 e ss da Ley de Enjuiciamiento Civil;

³¹⁷ En este caso hablamos de filiación por naturaleza matrimonial – la legislación española civil clasifica la filiación por naturaleza matrimonial o no matrimonial, si aquella se insiere en el ámbito del casamiento o no de acuerdo con el art. 108^oCC, que establece: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”

³¹⁸ Art. 117 -

“Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Civil) evidente, en el caso que no haya dado su consentimiento expreso para ese efecto, pues sería vedada la posibilidad de impugnación (artículo 8.1 LTRHA)^{319/320}.

Si la madre gestante fuera soltera y ni el niño ni el padre genético/biológico reclamaren la paternidad (ya que ambos

declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo”.

³¹⁹ La ley admite también el establecimiento de la filiación a favor del conyugue de la mujer que tuvo el hijo - Artículo 7 .3 “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.”

³²⁰ En sentido contrario a la impugnación de la paternidad, María Pérez Monge cita RAMÍREZ NAVALÓN que considera que “si el marido consiente en la inseminación de su esposa está actuando como si reconociera al hijo, y, por ello, no podría impugnar su paternidad”.

Todavía, no partilla aquella autora la misma posición ya que “Parece excesivo este efecto si se tiene en cuenta que consintió la inseminación de su esposa para maternidad de sustitución, es decir no asumió la paternidad y se le atribuye el efecto contrario (...) el marido de la gestante podría impugnar, y simplemente el consentimiento no tendría efecto. (...) el marido de la gestante podrá impugnar la paternidad, independientemente de que diese o no su consentimiento para la gestación por sustitución de su mujer ya que en ningún caso existe ni aportación de gametos ni voluntad de asumir la paternidad por el varón.” (Op.Cit. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada p. 51 y 52).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

tienen legitimidad para hacerlo³²¹) entonces tendremos una situación en que no habrá siquiera paternidad establecida legalmente. Podemos hacer una observación: la nulidad del contrato de gestación comportaría siempre la posibilidad de no establecer la paternidad y, así, no tener, jurídicamente, un padre jurídico – entonces ¿no habrá una desconformidad con el interés superior del menor?

Pensamos que la no admisión de la maternidad de sustitución podrá poner en juego estos intereses, motivo por el cual el legislador debería admitirla en algunas situaciones, evidentemente, a título excepcional³²².

En una tercera hipótesis, en que se celebra un contrato de gestación entre gestante y pareja comitente, en el cual los gametos masculinos han sido aportados por el elemento masculino de la pareja y reclamar la paternidad, podríamos caer en una situación más delicada ya que el menor tendría madre y padre, pero fuera de un contexto familiar tradicional, ya que

³²¹ Artículo 131 –

“Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

³²²No obstante, la cuestión de si la mujer “sola” tiene legitimidad de acceso a las técnicas, es una cuestión debatida doctrinalmente.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

podendo no haber conexión emocional (o otra) entre madre gestante y el “padre” (miembro de la pareja comitente), estarían padre e hijo ligados por un mero vínculo jurídico.

Diferente sería el caso en que hubiese reconocimiento de paternidad del padre biológico según el artículo 120.1 CC³²³. Siendo así la filiación se calificaría “por naturaleza no matrimonial”³²⁴.

Una última apreciación debe efectuarse en materia de filiación: aunque no se cumpla la presunción legal a que se refiere el artículo 116 CC para las parejas no casadas o que no han prestado, en tiempo útil, su consentimiento, pueden siempre asumir la paternidad/maternidad recurriendo a la adopción del niño (artículo 176 y ss CC).

³²³ “Art. 120 -

La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

- 1º. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- 2º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
- 3º. Por sentencia firme.
- 4º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”.

³²⁴ Vide nota de rodapié 271.



Hemos visto, según los terminos arriba expuestos, la respuesta del ordenamiento jurídico español ante la filiación paterna cuando existan comportamiento(s) ilícito(s).

5.2.2.A) Contratos de gestación celebrados en el extranjero por españoles

¿Qué sucede en los casos de nacionales españoles que han recurrido a la maternidad de sustitución en Estados cuya práctica es permitida, como es el ejemplo del Estado de California, en EUA? ³²⁵/

Aunque esta práctica es ilícita e ilegal en España y en muchos otros países del mundo, la verdad es que son muchos los que acuden a esta salida en los países donde la misma es legalmente permitida, atribuyendo así la filiación a la pareja de recepción, cuando se cumpla el contrato.

Así, con el regreso al país de origen, la pareja de recepción volvería también con sus “hijos”, accediendo por esta

³²⁵ Sobre esta práctica en los EUA, incidiremos en el capítulo VII.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

vía a la “filiación”, a través de un contrato de maternidad de sustitución reconocido en aquél país.³²⁶

Con ello, en la práctica tendríamos una subversión de la norma española que prohíbe la maternidad de sustitución o incluso un fraude a la ley³²⁷ por cuanto, al abrigo del Derecho Internacional Privado, el ordenamiento jurídico española se vería forzado a reconocer aquella filiación ya determinada³²⁸.

³²⁶ *Maria Pérez Monge explica que “desde hace más de diez años, varias parejas españolas heterosexuales han utilizado estas técnicas. Desde 1997 se conocen datos relativos a la contratación de maternidad de sustitución de parejas españolas con mujeres americanas...”. Entiende así la autora “desde una perspectiva sustantiva, que se trata de un supuesto de fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil)(...). Es posible que este fraude no sea denunciado y se consiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico, ya que en España se declaran nulos los contratos de maternidad de sustitución y, sin embargo, puede obtenerse el resultado pretendido por dichos contratos, mediante la utilización de las denominadas leyes de cobertura.” (Op.Cit. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada...”, p. 53 y 54).*

³²⁷ Vid nota 277;

³²⁸ Recientemente el periódico la vanguardia reveló como una pareja homosexual consiguió un hijo por recurso a maternidad subrogada - Miquel Fernández y Gerard Basachs, de Barcelona, son padres de Aran, un niño de seis meses que nació a través de maternidad subrogada en Chicago. Así el artículo explica sucintamente “Hace más de dos décadas la gestación subrogada, conocida con la expresión “**vientres de alquiler**”, llegó a España de la mano de famosos, algunos españoles, que a través de esta práctica hicieron realidad el sueño de ser padres. El interés por esta técnica de reproducción asistida ha ido en aumento a la par que han ido creciendo los problemas de **infertilidad**, el colectivo homosexual ha conquistado nuevos derechos y se han normalizado modelos de familia distintos al convencional. A falta de registros oficiales, los profesionales del sector aseguran que son centenares los niños, hijos de ciudadanos españoles, que han nacido



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

mediante un vientre de alquiler en el extranjero durante la última década. Y como existe demanda, también han ido proliferando las empresas y gabinetes de abogados especializados en esta materia a pesar de que la práctica en nuestro país está prohibida.

Una muestra de ello es que solo teclear en un buscador de internet las palabras –o similares– “maternidad subrogada” aparecen decenas de webs dirigidas a ciudadanos españoles que ofrecen este servicio o hacen de intermediarios con agencias de otros países donde, a diferencia de España, la práctica es legal. “Ha crecido la demanda, pero realmente no es un proceso que lo ponga en marcha mucha gente”, afirma Sebastián Expósito, director de VDA Fertility Consulting, una empresa con sede en Barcelona que asesora sobre el proceso de gestación por sustitución. No obstante, confirma que “cada vez son más” las consultas que reciben.

Centenares de españoles han recurrido a la gestación subrogada. Cada tres meses aproximadamente esta consultoría organiza viajes a Estados Unidos con familias que quieren obtener información de primera mano del proceso. También “hay clientes que deciden viajar solos”, matiza Expósito, “y nosotros nos encargamos de hacerles una valoración médica, psicológica y económica, y posteriormente preparamos un calendario de visitas”. Explica que ya hay una veintena de niños que han nacido y algunos más están en camino desde que Expósito comenzó a asesorar sobre maternidad subrogada hace unos cuatro años.

Paralelamente a los bufetes de abogados y consultorías españolas que centran su actividad en la subrogación de vientres en otros países, existen agencias extranjeras con representantes en España. Este es el caso de Growing Generations, fundada en 1996 con el objetivo de ayudar a la comunidad homosexual a tener hijos mediante subrogación –aunque en la actualidad también atiende a heterosexuales–. La directora de Relaciones Internacionales de esta agencia, Jessica Junyent, explica que aunque en España no disponen de ninguna sucursal “porque la maternidad subrogada está prohibida en este país”, sí que cuenta con un representante en Madrid. “Nos sirve de enlace con nuestros clientes europeos”, explica.

Los procesos de gestación subrogada iniciados en esta agencia, con oficinas en Los Ángeles, Ohio Valley y Nueva York, han dado como resultado el nacimiento de más de 1.100 bebés en todo el mundo, una treintena de ellos hijos de personas que residen en España. Una cifra que engrosará en breve: “Muchas de las parejas de españoles con las que estamos trabajando van a dar a luz en los próximos meses”, dice Junyent. Por su parte Extraordinary



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Conceptions, otra de las agencias con representación en territorio español y con dos sedes estables en San Diego y Denver, asegura que ha ayudado a nacer a más de 150 niños de personas que viven en España.

¿Dónde está permitida esta práctica? Las agencias consultadas llevan a cabo los procesos de gestación por sustitución principalmente en los diez estados de EE.UU donde es legal y en Canadá. No obstante, existen otros países en los que está permitida la contratación de un vientre de alquiler. Este es el caso de India, Ucrania, Rusia y Kazajistán. En la Unión Europea también está permitida en Inglaterra y Grecia, aunque con restricciones. Y, según explica la abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Sant Feliu de Llobregat (ICASF) Teresa Castillo “se está contemplando la posibilidad en México”. En el caso de Inglaterra, aunque es legal la subrogación de la gestación, las mujeres que se prestan a hacerlo no reciben compensación económica a cambio, por lo que las listas de espera son largas, y los padres de los futuros neonatos deben residir obligatoriamente en Reino Unido.

Lo que cuesta ‘un vientre de alquiler’ Evidentemente, las parejas y personas solteras a las que solo les queda esta opción de ser padres no están exentas de padecer los efectos de la crisis económica. Pocas personas disponen de 100.000 euros, el precio de partida de un proceso de subrogación, ni tienen capacidad para conseguirlos mediante financiación financiera o familiar. “Es costoso y las personas que asesoramos tienen que conocer los pros y contras”, comenta Expósito.

“El problema es que muchas agencias no reflejan con precisión el coste real del alquiler de vientres”, lamenta Jessica Junyent. En este sentido añade que el precio para los clientes que no residen en Estados Unidos acostumbra a oscilar entre los 170.000 y 250.000 dólares si utilizan una donante de óvulos –en más del 90% de los casos los bebés no son hijos biológicos de la mujer que los ha gestado-; mientras que si los padres pueden aportar su material genético, se pueden ahorrar unos 20.000 euros. El precio depende en gran medida, además del margen que se lleven los diferentes actores que intervienen en el proceso, de los ciclos de fecundación in vitro a los que la gestante tenga que someterse para conseguir el embarazo y de que éste no se acabe complicando.

No obstante, el profundo deseo de ser padre o madre está detrás del hecho de que muchas parejas no tiren la toalla y consigan su propósito, a pesar de las trabas económicas. Este es el caso, por ejemplo, de Iolanda y Xavi, una pareja mileurista de Catalunya que, tal como explicaron hace unos meses en



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

este entrevista a La Vanguardia.com, tuvieron a su hija gracias a una mujer que la gestó en Estados Unidos. Aunque Expósito alerta de que “no todo el mundo tiene la misma suerte” y prefiere no dar “falsas expectativas”.

Problemas en la inscripción de los bebés. Además del problema económico, los profesionales del sector coinciden en que existe en la actualidad “un limbo jurídico” en el que se han quedado atrapados decenas de niños a los que se ha denegado la inscripción en el Registro Civil. El Gobierno español no ha facilitado datos al respecto por el momento. Son sobre todo menores que llegaron a España con anterioridad a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que ordena la inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos. El más importante: una resolución judicial dictada por un tribunal competente del país de origen del menor.

Sebastián Expósito explica que no pudo inscribir a su hija, nacida en 2008 en California (EE.UU.), en el Registro Civil ya que no existía dicha instrucción. Ante la negativa, tuvo que emprender un proceso judicial con el objetivo de que el Estado español reconozca la filiación. Casi cinco años después continúa pendiente de sentencia. La consecuencia es que la niña, al no estar registrada, ni está empadronada ni tiene derecho a la seguridad social ni a educación pública gratuita. “Tengo que pagar un seguro privado a mi hija y llevarla a una escuela de pago”, comenta. No es un caso único. Hay diversas familias en esta situación.

“Hay muchos niños en el limbo en España, la mayoría de 3, 4 y 5 años de edad”, afirma la abogada Yolanda Dema. Aunque también surgen problemas en la actualidad con subrogaciones en países que no emiten una sentencia judicial que determine la filiación de los neonatos. En este sentido la abogada de VDA Fertility Consulting, Teresa Castillo, confirma que el único lugar que aporta dicho documento es California, ya que en otros estados de los EE.UU. si bien la gestación por sustitución es legal, como en Chicago o Boston, las autoridades emiten una sentencia de adopción. En estos casos los niños también llegan a inscribirse, aunque el procedimiento es diferente.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya ha emitido un informe preliminar abordando esta cuestión. En el documento se establece que todos los estados miembro de la Unión Europea tienen que colaborar para regularizar la maternidad subrogada a fin de que los niños no queden desamparados por la justicia, ya que ni son considerados legalmente hijos de



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

las mujeres que los gestaron ni de las personas que tenían el deseo de traerlos al mundo. Además, el informe deja constancia de "la preocupación real" que existe por esta situación y constata que el número de acuerdos internacionales de subrogación está creciendo "a un ritmo rápido".

La DGRN carece de estadísticas en la materia. No obstante, fuentes del Gobierno informan de que en tanto no se practique la inscripción en el Registro Civil español "no está determinada legalmente la relación de filiación entre el niño y los padres comitentes o de intención, ni en consecuencia tienen estos atribuida legalmente la patria potestad sobre tales niños". Advierten de que la situación de estos menores vendría a ser similar a la de "un acogimiento familiar", como sucede, por ejemplo, en el caso de los niños adoptados en el extranjero en la modalidad de adopción simple. En cuanto a la "no gratuidad" de servicios públicos a la que hacen referencia familias y profesionales del sector, la DGRN asegura que se trata de derechos con "carácter universal" y que "no depende de que la filiación de los menores esté determinada".

Una práctica que genera discusión
En los últimos años han surgido algunos movimientos ciudadanos a favor de la aprobación de la gestación por sustitución en España. De hecho, un grupo de familiares y amigos de Lugo impulsan una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) y han preparado una proposición de ley. Al otro lado de la balanza están los detractores. Organizaciones feministas lo critican con el argumento de que la práctica implica una explotación de las mujeres gestantes. La Iglesia católica también se ha pronunciado. El secretario general de la Conferencia Episcopal, Juan Antonio Martínez Camino, ha señalado recientemente que "producir seres humanos es injusto, porque los seres humanos no son cosas que se producen ni reses que se reproducen".

No obstante, los profesionales del sector consultados por LaVanguardia.com consideran que la legalización de la gestación por subrogación requiere tiempo. "Existe un gran desconocimiento sobre el proceso", opina Jessica Junyent, mientras que Sebastián Expósito se muestra confiado de que "tarde o temprano llegará" porque "hay demanda".

Información consultada en
<http://www.lavanguardia.com/vida/20130428/54371576708/prolifera-empresas-ventre-alquiler-espana.html> , el 19 de maio de 2013



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Según Pérez Monge, esta práctica abre caminos que permiten un fraude a la ley, y, por eso, “... *debería tenderse a limitar tal práctica, o a regularla para evitar esta situación de discordancia entre la dicción legal y la realidad.*”³²⁹.

El problema se genera cuando, regresando al país de origen no se les reconoce esa filiación. Teóricamente, sabemos que la pareja no puede inscribir el menor como su hijo en el Registro Civil Español, porque esa prerrogativa no es reconocida por la ley.

Tenemos entonces la siguiente situación – los países donde la practica es permitida, la filiación es asignada a la pareja comitente, o sea, en terminos jurídicos considerados padres del niño nacido por esta vía, pero al regresar al país de origen, esta misma filiación sera rechazada.

¿Es admisible la posibilidad de ser reconocido como hijo en un país y no en otro?

Con la intención de solucionar esta problemática, surgió la Resolución del 18 Febrero 2009 de La Dirección General de

³²⁹ *Op.Cit*, PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada...” p. 59.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Los Registros y del Notariado (DGRN), RJ 2009\1735, que revocó la decisión del *Encargado del Registro Civil Consular Español en Los Ángeles* el cual negaba la atribución de la filiación a una pareja homosexual valenciana cuando intentaban inscribir los certificados de nacimiento, donde constaba el nacimiento y filiación a su favor de los gemelos nacidos vía maternidad subrogada en San Diego, en octubre de 2008. El fundamento de rechazo del Encargado se sustentaba, precisamente, en el artículo 10 de la LTRHA.

La DGRN se pronunció en respuesta al recurso en el sentido de consiedrar que el artículo 10º LTRHA no se aplica en casos de establecimiento de filiación en otro país, *in casu*, los EEUA, centrando la cuestión en la posibilidad de un certificado de nacimiento extranjero con filiación establecida allí, para poder acceder al Registro civil Español, – además como sustenta la DGRN “*no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil Español con los mismos efectos*”³³⁰. Para la DGRN lo que estaba en duda era aceptar o no el reconocimiento de los certificados extranjeros como documento autentico admisible,

³³⁰ *In* <http://www.codigo-civil.org/archives/485> visitado el 16 de febrero de 2011; *in* <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/> consultado el 16 de febrero de 2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

aunque con contornos legales distintos de la legislación española.

Así, a su entender, la correcta aplicación de la ley no sería, *in casu*, apurar las normas de conflicto (que serían las españolas) ni las normas de derecho sustantivo español, sino encontrar las normas específicas que el Derecho Español disciplina sobre el acceso de los certificados registrales extranjeros de conformidad con el Registro Civil Español – invocaran el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil³³¹ – y, por fuerza de su aplicación se excluiría la aplicación de la LTRHA³³².

³³¹ “Artículo 81º - El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial es título para inscribir el hecho que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales. “

³³² Como se puede leer en aquella resolución: ”Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el Art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de “Derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En este sentido *Díaz Romero*³³³, afirma que “*la Dirección General continua fundamentando su decisión, alegando que «con arreglo al art. 81 Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el art. 81 Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un "control de legalidad", pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones.»*”

Afirma dicha autora que este control de legalidad se compone de diversos requisitos:

- Se exige que la certificación registral extranjera sea un documento “público”, es decir, un documento autorizado por una autoridad extranjera; *Este documento extranjero es “público”, cuando sean*

extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro”.

³³³ Cfr. DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico” en *La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 14 Dic. 2010.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

observados todos os requisitos legales en ése Estado para que sea considerado “público” o que haga “*prueba plena en juicio*” y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización civil (art. 88 Reglamento del Registro³³⁴) o apostilla.

- Se exige también que la certificación registral extranjera sea elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tengan las autoridades registrales españolas, de acuerdo con el dispuesto en el artículo 85 del Reglamento del Registro civil^{335/336/337}.

³³⁴ Artículo 88 -

A salvo lo dispuesto en los tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero y los expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo.

³³⁵ Artículo 85 -

“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”.

³³⁶ En este sentido DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico - Diario Centro Directivo (RRDGRN de 23 de



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

- Por último, se explica que “...al Registro civil español solo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente "válidos", lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el encargado. No obstante, a tal efecto, el art. 81º Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, (...). El art. 81 Reglamento del Registro civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea "idéntica" a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada

noviembre de 2006 y 25 de septiembre de 2006 en *La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 14 Dic. 2010.

³³⁷ Como refleje María del Rosario Díaz Romero “... nada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a “dar fe” de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica “decisión” y ello permite comprobar que el Registro civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.”(Op.Cit. “La gestación por sustitución...”)



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

por nuestras normas de conflicto presente un contenido “idéntico” al de las Leyes españolas (vide art. 9.4 cc (LA LEY 1/1889)). Lo que (...) es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener “fuerza en España” y acceder, de ese modo, al Registro Civil español.”

Según estos argumentos, se verificó que aquellos documentos cumplían los requisitos legales para su admisión.

Se fundamentó también que la *“inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida a favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales”*.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Efectivamente, como afirma *Farnós Amorós*³³⁸, la *Resolución* fundamenta el reconocimiento de la doble filiación paterna en normas que, en sede de filiación adoptiva o derivada de procreación asistida, ya admiten la doble paternidad y maternidad:

✚ La *Ley 13/2005, de 1 de Julio* abrió no solamente la permisión para el matrimonio entre personas del mismo sexo, como también la posibilidad de establecer la filiación de un menor a favor de dos hombres o dos mujeres (doble filiación paterna y materna, respectivamente);

✚ Una de las modificaciones legislativas efectuadas por la *Disposición Adicional 1ª de La Ley 3/2007, de 15 de Marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* a la *Ley 14/2006*, fue el reconocimiento de la doble filiación materna, al prever la posibilidad de establecer la filiación a favor del conyugue de la mujer.

³³⁸ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California – Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009” en *InDret*, Barcelona, Enero 2010.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Así, como se afirma en la Resolución, “en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución Española de 27 diciembre 1978.”

En Derecho español, “la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la "vinculación genética" entre los sujetos implicados, como se deduce el antes citado art.7.3 L.14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles”^{339/340}

³³⁹ DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento...”, Op. Cit., pp. 58 y ss.

³⁴⁰ En la secuencia de la alteración introducida por la Ley 3/2007, de 15 Marzo al artículo 7º/3 da LTRHA, que permitió la determinación de la filiación a favor de dos esposas, surgió un caso: para la utilización de una técnica no prevista expresamente en la ley, en la cual una mujer donaba el óvulo, el cual sería fecundado con un gameto de donante y después transferido para su esposa (designada ROPA), se pidió el respectivo permiso a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida para hacerlo; se argumentaba que, si un hombre podía donar los gametos (masculinos) a su mujer, también lo deberían poder dos mujeres casadas entre si, evitando la



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Aunque los argumentos utilizados sean bastante satisfactorios para admitir la inscripción de aquellos certificados y consecuente registro de la doble filiación paterna, es verdad que un argumento de mayor importancia fue introducido – el interés superior del niño. Así, según la DGRN, los menores tienen derecho a una “identidad única” que se traduce en una filiación única válida en varios países y no de una filiación en un país y otra distinta en otro país – “... *el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones (...)*”.³⁴¹

discriminación en virtud del sexo y así haciendo la tentativa de equiparar derechos entre parejas heterosexuales y homosexuales – dicha autorización fue concedida y nació, por esta vía, en España una crianza, hija de dos madres, a 9 de Agosto de 2009. Siguiendo este razonamiento, podremos concluir que si hay equiparación a favor de dos mujeres, habrá forzosamente equiparación a favor de dos hombres; y, a estos, sólo existirá el recurso a la maternidad de sustitución. (PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad...”, Op. Cit., pp.59 y ss).

³⁴¹ Como se afirmó en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de Octubre de 2003, caso García Avello, y caso Grunkin-Paul, de 14 de Octubre de 2008), “...*la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en*



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Teniendo en cuenta el interés superior del niño, tal como plasma el art. 3º de *Convención sobre los Derechos del Niño*³⁴², al rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil Español, estaría privando a los hijos (de hecho de nacionalidad española) de la filiación inscrita en el Registro Civil³⁴³.

Nueva York el 20 de noviembre de 1989.”(Op.Cit. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad...” pp.59 y ss).

³⁴² Artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 (BOE, núm. 313 de 31 de diciembre de 1990), con entrada en vigor en España el 5 de enero de 1991 (redacción portuguesa):

“1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram que a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização”.

³⁴³ Admitiendo que menores que son, indudablemente hijos de ciudadanos españoles sin filiación inscrita en el Registro Civil, sería admitir una incerteza jurídica, en la cual los menores cada vez que cruzaran fronteras entre Estados Unidos e España, tenían siempre filiación diferente, entendimiento contrario al interés superior del niño. (Op.Cit. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad...” pp.59 y ss).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

No obstante el reconocimiento de la doble filiación paterna por esta entidad, verdad es que también admite que no correspondiendo los mencionados certificados a sentencias judiciales, pueden sus contenidos ser susceptibles de impugnación – significa así que la madre gestante puede invocar la filiación en sede de tribunales españoles, por la vía civil, “reivindicando el niño nacido”, por cuanto el contrato de gestación no operaría sus efectos en España; así podríamos llegar a una situación límite, en que tendríamos la filiación establecida a favor de tres personas.

En este sentido, la DGNR afirma que, en la situación de impugnación del contenido de la inscripción registral, “...los *Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos, por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de "cosa juzgada"*”.

Concluyendo esta línea de argumentos, la DGRN sustenta que “*los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al art. 17.1 a) CC,³⁴⁴ ya que*

³⁴⁴ “Artículo 17 -

1. Son españoles de origen:
 - a) Los nacidos de padre o madre españoles.
 - b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

son españoles de origen los nacidos de español o española (...) en efecto, según el criterio ius sanguinis acogido en el art. 17.7 a) CC son españoles los hijos de españoles – el precepto no exige que haya quedado "determinada legalmente" la filiación. És suficiente que quede acreditado el "hecho físico de la generación". Por ello, para considerar "nacido" de español a un individuo, basta que consten "indicios racionales de su generación física por progenitor español..."³⁴⁵

De este modo, podemos concluir que la *Resolución* de la DGRN abrió una puerta, dando la posibilidad a parejas de recurrir a la maternidad de sustitución en otro país en que esta sea legalmente permitida y someter la inscripción de lo(s) niños nacido por aquella vía en el Registro Civil Español – claro esta, con algunas reservas y cumpliendo unos requisitos y viendo caso a caso, como veremos de seguida.

c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. 2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación”.

³⁴⁵ Op.Cit. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad...” pp.59 y ss



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También se presenta de relevante interés en materia de filiación, la *Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* (BOE 07-10-2010)^{346/347}, de ahora en adelante designada por Instrucción.

Esta *Instrucción* surgió en el seguimiento de la *Resolución* igualmente emitida por la DGRN, para poder definir los criterios mediante los cuales la inscripción para el

³⁴⁶ Disponible en <http://www.codigo-civil.org/archives/641> , visitado el 16-02-2011.

³⁴⁷ Esta Instrucción de la DGNR fue contestada en sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 septiembre de 2010 (LA LEY 152885/2010), en la cual el Tribunal rechazó la inscripción, sustentando no sólo la aplicación del artículo 10 LTRHA sino también “*que no es definitivo el criterio deducido de los arts. 81 y 85 RRC, sino el que deriva del art. 23 de la Ley del Registro Civil -LRC-, de mayor valor normativo, de manera que la inscripción exige “que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*”. Por ello, la filiación de los hijos de españoles nacidos por convenio de maternidad subrogada “*será determinada por el parto*”, es decir, que la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido.” (Op.Cit., VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, pp. 5 y ss). También parte de la doctrina depende este entendimiento, confirmando que, por aplicación del artículo 10 LTRHA, el contrato de gestación por sustitución es nulo (Op.Cit. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, p. 7 y ss).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

establecimiento de la filiación en el Registro Civil Español puede ser admitida.

Así, las directrices que orientan la referida *Instrucción* son fundamentalmente dos:

✚ Se puede solicitar la inscripción con la resolución judicial procedente de un Tribunal Competente que determine la filiación del niño nacido;

✚ No se admitirá como título válido para inscripción de nacimiento y filiación, una certificación de nacimiento extranjero o una simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en que conste la identidad de la madre gestante.

La *Instrucción* añade que la resolución judicial deberá ser objeto de ejecución en los mismos términos (salvo se existir Acuerdo Internacional en contrario) que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dispone y también de auto judicial que ponga fin a ese mismo proceso de ejecución.

Para el caso de una resolución judicial extranjera tendrá un procedimiento análogo al proceso español de jurisdicción voluntaria, será competencia del *Encargado* efectuar el control



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

incidental, averiguando, caso a caso, si esa misma resolución judicial puede ser admitida³⁴⁸.

Con esta *Instrucción*, la DGRN abrió precedentes para una admisibilidad “mitigada” de la figura de la maternidad de sustitución. Sin embargo, esta admisibilidad “mitigada” presenta una visión más bien restrictiva³⁴⁹.

³⁴⁸ De acuerdo con la Instrucción, de ese mismo control incidental deben constar:

“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.”

³⁴⁹Sobre este asunto <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/20100917/juez-valencia-prohibe-inscribir-hijo-una-pareja-gay-por-haber-usado-una-madre-alquiler/483557.shtml>, consultado el 16-02-2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Parece que existió necesidad de imponer criterios para crear una coherencia con el sistema, so pena de que si no se hubiera hecho se alargaría la permisión de establecimiento de la filiación de niños nacidos con el recurso a la maternidad de sustitución, subvirtiendo la prohibición de la figura.

A propósito de esta *Instrucción*, se levantaron voces críticas como las de VELA SÁNCHEZ³⁵⁰, que sustenta que dicha *Instrucción*:

“...además de favorecer el fraude de ley - pues permite eludir la prohibición del artículo 10 LTRHA, supone una discriminación evidente entre los españoles que tienen medios para acceder a un convenio de gestación por sustitución en país extranjero y aquellos que no, o, incluso, que pretenden realizar dicho contrato en España. El principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley “sin que pueda prevalecer discriminación alguna”, (por cualquier) condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)) impide la aplicación de esta Instrucción en nuestro país mientras no se regule el convenio de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. El “interés superior del menor” - por supuesto atendible siempre - no puede servir de coartada para mantener a virtualidad de esta - de momento - inconstitucional Instrucción, porque la pretendida vulneración de dicho interés básico tendría variados procedimientos para su adecuada

³⁵⁰ Op.Cit VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, pp. 5 y ss.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

composición jurídica, como, en su caso, la vuelta del menor con su madre biológica o el acogimiento y la adopción realizadas de forma legal”.

Añade VELA SÁNCHEZ³⁵¹ que, aunque resulte de la *Instrucción* una absoluta incompatibilidad con la legislación española vigente la cual prohíbe expresamente la gestación por sustitución en los terminos del artículo 10º LTRHA, esta *Instrucción* puede ser entendida como la posibilidad de abrir puertas para a regulación de la maternidad de subrogada en España.

Así, defiende que esta *Instrucción* no merece aplicación, sea por ser contraria al artículo 10º LTRHA o por ser *inconstitucional* (artículo 14º CE), pues se puede, entender que la exposición de motivos descrita en dicha *Instrucción* y las concretas directrices apuntan el camino de permitir la regulación de la maternidad de sustitución en el ordenamiento jurídico español³⁵².

³⁵¹ Cfr. VÉLA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler – cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” en *La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 Abr. 2011.

³⁵² Propone incluso éste profesor, basándose en la Exposición de Motivos y respectivas directrices, configurar una estructura básica del convenio de gestación por sustitución mediante la cual concibe orientaciones posibles para la regulación de la figura de la maternidad subrogada, designadamente : A) Fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes; B) Capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes intervinientes C)



**5.2.2.B) La filiación y el recurso a madres de alquiler –
Jurisprudencia, Instrucciones de la DGRN y modelo de cámbio**

Aunque lo hemos hecho resumidamente, el presente capítulo intenta analizar más profundamente, compendiar y ubicar cronológicamente las decisiones jurisprudenciales y las instrucciones de la DGRN más destacadas ya que se han revelado de extrema importancia (además como hemos reconocido arriba) en el debate relativo a la filiación derivada de la maternidad por sustitución y, asimismo, al permitir que se abra una puerta a lo que la ley española prohibía.

Las referidas decisiones fueran el resultado de sucesivas decisiones e impugnaciones en cuanto al registro de menores nacidos en California.

Así destacamos la decisión de la DGRN de 18 de febrero de 2009, su revocación por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

Irrevocabilidad del consentimiento prestado; D) Posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico; Sobre esta materia, *vide* nota 323.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

de Valencia del 15 de septiembre de 2010, la Instrucción de la DGRG de 5 de octubre de 2010 y la Sentencia la SAP de 23 de noviembre de 2011.

En el sentido, en cierto contraste con la ley 14/2006 de 26 de Mayo, la DGRN admitió la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de dos menores nacidos en S.Diego, California, a favor de una pareja homosexual, naturalmente en el cual los dos figuraban como padres de los gemelos. Los menores nacieron en virtud de la maternidad por sustitución. La DGRN admitió la inscripción por existir certificación registral extranjera que determinaba la paternidad y que la misma no era contraria al Orden Público Internacional ni tampoco lesionaba los principios jurídicos básicos del orden jurídico español³⁵³.

³⁵³ Cfr. SANCHO TAHOCES, A., *Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada*, Arazandi, nº 6/2011, Pamplona, 2011, pp.5 y 6. Expone la autora las razones apuntadas por la DGRN “En primer lugar, la DGRN pone en relieve que nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 RRC. El control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil español no exige que éstas sean decisiones “idénticas” a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe “funciones equivalentes” a las de las autoridades registrales españolas (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido), y que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español. Se afirma, además, que en este caso la certificación registral californiana constituye una “auténtica decisión” que “no vulnera el orden público internacional ni lesiona principios jurídicos básicos del derecho español, ya que en derecho español se admite la filiación entre dos varones o entre dos mujeres en caso de adopción, porque en España está prohibida la discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución Española (...)) sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la ley”. Además, se añade, no permitir que la filiación de los nacidos conste a favor de dos



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Asimismo entendió que el control de la legalidad debe incluir solamente la prueba de que el registro se hizo como un documento público autorizado por una entidad extranjera competente y que el mismo certificado fue emitido por una autoridad registral con funciones semejantes a las españolas (de acuerdo con los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, RRC) pero no confirmó tampoco como

varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, de acuerdo también con el artículo 14 de nuestra constitución, puesto que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. De conformidad con este último “cuando una mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. También se alega el interés superior del menor reconocido por el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York en 1989 (...) que exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres. En relación también con ese interés superior de los menores, se alega su derecho a una “identidad única” que se traduce en “una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera” Ambas cosas se garantizarían precisamente procediendo a la inscripción en nuestro Registro Civil de la certificación registral californiana. Asimismo, se afirma de modo categórico que los interesados no han incurrido en fraude de la ley en relación con la prohibición contenida en el artículo 10 de la referida ley 14/2006, de 26 de mayo (...) no es “aplicable a este caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil Español con los mismos efectos (...) según el artículo 17.1 CC son españoles de origen los nacidos de español o española (...) “ concluye la DGRN que en caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles, al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil...”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

sería la solución jurídica en el ordenamiento jurídico español en caso de pleito³⁵⁴.

Dicha resolución fue impugnada por la Fiscalía de Valencia por sospechas de fraude documental además no figuraba la identificación de la madre (admitido en los EEUA pero no en España), lo que vislumbra la posibilidad de haber recurrido a una madre de alquiler. El tribunal de 1ª Instancia de Valencia, en la Sentencia de 15 de septiembre rechazó la resolución de la DGRN. En primer lugar, con el argumento de que el contrato de gestación es nulo en el ordenamiento jurídico español. En segundo lugar, manifiesta que la DGRN tiene que examinar la conformidad del certificado con la ley española. Explica también que el Registro Civil español exige que no existan dudas en cuanto a la realidad en inscripción y que la legalidad del certificado sea conforme la ley española, lo que no sucedía. En conclusión advirtió que, según la ley española, la filiación se determina por el alumbramiento y que debe impedirse el acceso al registro si el nacimiento resultó de contrato de gestación.

En cuanto a la defensa, argumentó estar delante de una clara violación del principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución y así también el juez afirmó que rechazó la inscripción del nacimiento por la homosexualidad de los solicitantes, sino por el

³⁵⁴ Cfr. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010” en *La Ley*, nº7621, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2011, p. 1.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

hecho de que los niños nacieron por maternidad por sustitución³⁵⁵. La sentencia manifiesta que la misma solución sería adoptada para parejas de varones, de mujeres o de heterosexuales: lo que la ley distingue es cómo tiene lugar el alumbramiento.

De la misma manera se contestó a la defensa, la cual apoyándose en el superior interés del menor, que podría recomendarse la inscripción, pero los fines no justifican los medios para alcanzarlo, sobretodo cuando esté en causa un fraude a la ley española (como sucedía). Se afirma que se podría lograr por medios legales la inscripción de los niños: decretando la paternidad biológica (evidentemente, a favor de uno de los padres) tras renunciar la madre gestante a sus derechos, el otro cónyuge de la pareja recurrir a la adopción. Por esta vía se ajustaría la filiación con el artículo 10 de la LTRHA³⁵⁶.

Comenta Ana Sacho Tahoces³⁵⁷ que la decisión del tribunal es *“absurda ya que, en definitiva, supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se persiguen mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución. Lo lógico sería que se admitiera directamente la gestación*

³⁵⁵ SANCHO TAHOSES, A. *Eficacia jurídico-registral...*, Op. Cit., pp. 5-10, Añade la autora que tampoco sería cierto que la solución de la DGRN sería la más correcta para los gemelos así como comenta que la DGRN dejaría la puerta abierta para la fraude a la ley.

³⁵⁶ SANCHO TAHOSES, A. *Eficacia jurídico-registral...*, Op. Cit., pp. 8 y 9.

³⁵⁷ SANCHO TAHOSES, A. *Eficacia jurídico-registral...*, Op. Cit., pp. 8 y 9.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

por sustitución y evitar así un proceso más largo y complejo, que va a llevar al mismo resultado”.

También Vela Sánchez advierte que “ *el legislador debe hacer lo posible para evitar un fraude de ley muy generalizado en esta sede: así, la misma sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (...) da a entender la posibilidad, conforme al propio art.10,3º LTRHA, que, el varón, que fuera el padre biológico del nacido, ejercitara la acción de reclamación de la paternidad y que, posteriormente, previa renuncia de la mujer gestante (...) el hijo fuera adoptado por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad (...)en esta línea, la finalidad primordial de la admisión del convenio de gestación por sustitución (...) consiste en solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los mecanismos establecidos en las sucesivas leyes de técnicas de reproducción humana asistida (...) este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico.*”³⁵⁸

A su vez, a raíz de la SAP de Valencia que hemos mencionado, la DGRN emitió una instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE de 7 de julio de 2010) admitiendo inscripción en el registro si:

→ El contrato de gestación se realiza en un país que lo admita legalmente y,

³⁵⁸ Op.Cit. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación de gestación por sustitución o de maternidad ...” p. 2.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

→ Uno de los progenitores debe ser español

Se añade la necesidad de existir una resolución judicial extranjera, con exequátur en España (artículos 954 y ss. de la LEC), la cual determine la filiación jurídica a favor del progenitor español y en la cual figure la renuncia de la madre gestante³⁵⁹. Así se encuadra en el artículo 10 nº 3 de la LTRH. Si la filiación resulta de un proceso de jurisdicción voluntaria, aunque no se exija exequátur, naturalmente, se hace el control incidental de la legalidad que consiste en averiguar:

“a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado;

b) que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española;

c) que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante;

d) que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma

³⁵⁹ Pues sólo así la DGRN podría hacer el control de que la madre lo había consentido libre y que el niño no es objeto de tráfico de menores.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

libre y voluntaria, sin ocurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente;

e) (...) si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado...

Por tanto, cuando se solicite la inscripción en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado de Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el padre biológico pueda intentar dicha inscripción mediante la acción de reclamación de la paternidad (...) artículo 10.3 LTRHA y artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el Art.22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”³⁶⁰.

³⁶⁰ SANCHO TAHOCES, A. *Eficacia jurídico-registral...*, Op. Cit., p.6; DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico” en *La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 14 Diciembre, 2010, Op. Cit., :DE VERDA Y BEAMONTE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010” en *La Ley*, nº7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre, 2010; VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a ...”; Cfr. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011” en *La Ley*, nº 7815, Sección de Doctrina, 9 de marzo, Op. Cit., p.2.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Para Sancho Tahonas, resulta extraño, aunque en los días de hoy no se permita la maternidad por sustitución, que se pueda reconocer una resolución de un tribunal extranjero que admita lo que es ilícito de acuerdo con la ley española. Asimismo estamos de acuerdo con el hecho de que existe una clara elusión a la ley española, además apreciada por el ordenamiento jurídico y por él, al final, condescendida³⁶¹.

Consideramos con VELA SÁNCHEZ³⁶², no sólo que la Instrucción del DGRN no respeta las fuentes de derecho españolas ya que se sobrepone y se arroga de poderes de decisión las cuales legalmente no le compiten; sino también porque, por esta vía, en lugar de respetar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, claramente violaría dicho principio, favoreciendo a los más ricos en detrimento de los más necesitados y dar cobertura a una conducta fraudulenta³⁶³.

³⁶¹ SANCHO TAHONAS, A., “Eficacia jurídico-registral...”, Op. Cit., pp. 8 y 9.

³⁶² VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación...”, Op. Cit., p.5.

³⁶³ Evidentemente, la (...) Instrucción de la DGRN (...) se trata de una norma reglamentaria nula por vulnerar flagrantemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado (ex arts.9.3 CE y 1.2 CC) (...) a mi juicio es inconstitucional porque atenta contra el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la Ley “sin que pueda prevalecer discriminación alguna (...) (por cualquier condición o circunstancia personal o social” (art.14 CE)”. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación...”, Op. Cit., p.5.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

A pesar de las críticas, no podemos dejar de enaltecer la labor de dicha Instrucción ya que se resulta vanguardista al presentar soluciones innovadoras e impulsadoras de posibles cambios legales, los cuales urge que surjan y se ajusten a las nuevas realidades médico-sociales³⁶⁴.

Posteriormente los dos varones que solicitaban la inscripción, en el Registro, de los niños recurrieron de la Sentencia de Primera Instancia, que hemos detallado, lo que condujo a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (quizás no la última), la cual reafirmó la sentencia recurrida y ordenó que se cancelase la inscripción de los nacidos. La justificación fundamental coincide con los requisitos fijados por la DGRN de 2010; es decir que establece obligatoria la existencia de sentencia, española o reconocida en España, que determine la paternidad biológica³⁶⁵.

Manifiesta dicha sentencia que no hay duda que no se viola el principio de igualdad y de prohibición de discriminación en razón de sexo, del artículo 14 CE, sino que la prohibición del artículo 10

³⁶⁴ En el mismo sentido cfr. VELA SÁCHEZ en “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir...”, pp 6 y ss.

³⁶⁵ Desencadenando después el procedimiento de adopción por cónyuge.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

LTRHA³⁶⁶ se aplica a todas las personas sean parejas de mujeres, de hombres o heterosexuales. La razón del rechazo es que “la modalidad utilizada”, la maternidad por sustitución, es nula en la ley Española. Sigue explicándose que sólo podrá ser así porque, de lo contrario, dicho artículo 10 LTRHA sería inconstitucional^{367/368}.

³⁶⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ califica el artículo 10 LTRHA como ley de policía contractual, se comprende en el siguiente trecho, asunto que no desarrollaremos ya que estaríamos reflejando sobre una temática de Derecho Internacional, quizás en posteriores trabajos. *“En definitiva, el que la madre sea la madre norteamericana que da a luz (conforme al artículo 10 LTRHA) no es una solución. Es una solución ajena a la verdad biológica. Es una solución ajena a la verdad social. E, incluso, es una solución ajena a la verdad jurídica en el otro país (al que está conectado el supuesto, aunque mediante fraude), pues en California a la madre californiana no se la tiene por tal y se desinteresa como madre de los menores. Podría decirse que estamos ante una ley de policía contractual. Una norma -como las leyes penales- de aplicación territorial (en el sentido del artículo 8.1 del CC español: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”), que se aplicaría a los españoles y a los extranjeros residentes que llevan a cabo una maternidad subrogada en el territorio. Con respecto a la determinación de la filiación, el artículo 10 LTRHA sería aplicable sólo cuando la ley española fuera la aplicable a la filiación. La cuestión de la filiación de los menores tendría autonomía propia (con respecto a la cuestión contractual). Pero si las cuestiones de filiación se suscitaran ante los tribunales estaríamos ante un problema de conflicto de leyes que habría que resolver conforme a la ley que le es aplicable. Es decir, mediante el método conflictual. Si esta ley fuera la española, el artículo 10 LTRHA se vería aplicado”.* (Cfr. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada - En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009” en *InDret*, Barcelona, Julio, 2009, pp. 19 – 24).

³⁶⁷ A propósito, Véla Sánchez recuerda que efectivamente existiría inconstitucionalidad pero en la DGRN de 5 de octubre de 2010, porque instiga la discriminación entre los ciudadanos españoles con mas o menos recursos económicos y que pueden o no salirse al extranjero. Lo que es importante es la igualdad de todos ante la ley. (Op.Cit. VELA SÁNCHEZ en “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En resumen, concluye Véla Sánchez que la SAP de Valencia de 23 de noviembre es certera *“en el diagnóstico y resolución (...) no puede inscribirse como hijos de un matrimonio homosexual español – o heterosexual en su caso, o de persona sola –, los nacidos mediante convenio de maternidad subrogada, oneroso o gratuito – aun válidamente celebrado en país extranjero –, por aplicación de la normativa española que prohíbe dicho contrato (...) dado que el encargado del Registro Civil Consular debe, de acuerdo con el art.23 LRC, examinar nuestra legalidad vigente – conforme a la Ley española –, al comprobar el certificado extendido en registro extranjero, con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada al estar prohibida en España la gestación por sustitución”*³⁶⁹.

VELA SÁNCHEZ, muy heroicamente, al comentar la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, propone una posible

maternidad subrogada en España a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre...” p.4.)

³⁶⁸ Cfr. HUALDE MANSO, *De Nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación por gestación contratada*, Arazandi Civil-Mercantil, nº10, Arazandi, Pamplona, 2012, pp. 1-6.

³⁶⁹ Op.Cit. VELA SÁNCHEZ en “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre...”, p.5.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

regulación de la maternidad por sustitución (con la que concordamos).
Veamos su propuesta³⁷⁰.

Así, empieza con el concepto y definición del convenio por sustitución, definiéndolo como “...*un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cado la concepción – mediante técnicas de reproducción asistida – y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable³⁷¹ de entregar el nacido³⁷² – cuyo origen biológico debe constar claramente - a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético*”.

³⁷⁰ VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., pp. 3 y ss...

³⁷¹ Al revés de lo que defiende el CNECV en Portugal, el cual consideramos criticable, *vide* capítulos 5.1.6 y 5.1.7

³⁷² Explica el autor que “el convenio deberá contener una cláusula penal disponiendo que si la madre subrogada decide quedarse con el hijo, no sólo perderá el derecho a la compensación económica, sino que también deberá indemnizar a los padres biológicos todos los gastos derivados del contrato. De esta manera, las relaciones (...) pasarán del ámbito del Derecho de Familia a la competencia del Derecho contractual puro, lo que hasta cierto punto garantizará que la madre subrogada entregue el niño a los padres contratantes, ante la inviabilidad de su postura desde esta óptica jurídica obligacional”. (Op.Cit., VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, p.3.)



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En cuanto a la forma, “*el convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial*”³⁷³. A su vez, el Notario deberá confirmar si la mujer prestó libre y voluntariamente su consentimiento.

Importante e innovadora es la irrevocabilidad de “*los consentimientos prestados en el convenio por sustitución con independencia de su carácter oneroso o gratuito*”³⁷⁴, aunque la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre fije un plazo de treinta días, semejante a la adopción.

Revela el autor que la irrevocabilidad, *ab initio*, es decir, desde el convenio, supone un incremento de la seguridad, frena dispendios de dinero y tiempo, protege de eventuales daños morales y protege más el interés del menor³⁷⁵.

Se afirma que los cambios a la ley 14/2006 deben acompañarse de adaptaciones a otras leyes tales como la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil.

³⁷³ VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., pp.3 y 4.

³⁷⁴ VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...” Op. Cit., p.4.

³⁷⁵ Además, como hemos comentado a propósito de la propuesta portuguesa del CNECV.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En cuanto a los requisitos se dividen en tres grupos: los relativos a los padres o madres intervinientes, los presupuestos exigidos a la mujer gestante y el origen biológico del hijo.

Así, en cuanto a los requisitos de los padres y madres intervinientes dice que tienen acces a la maternidad subrogada *“persona soltera o pareja matrimonial o de hecho estable, tanto heterosexual como homosexual”* y *“El interviniente deberá ser mayor de veinticinco años, y si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, basta que uno de sus miembros haya alcanzado dicha edad”*³⁷⁶.

*“Respeto de la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse fehacientemente la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño”*³⁷⁷. Explica la decisión con base en el hecho de que no sólo la esterilidad deberá dar acceso a las TRHA sino también otras situaciones como las enfermedades genéticas u otras³⁷⁸.

Añade que, *“en todo caso, el padre o madre interesado, si es persona sola, o al menos uno de los padres o madres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, deberá ser*

³⁷⁶ VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., pp. 5 y 6.

³⁷⁷ VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., p. 6.

³⁷⁸ VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., p. 6.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

aportante de material genético” pues uno de los objetivos de la ley 14/2006 es la de ayudar a la obtención de lazos biológicos que, por otros medios de reproducción, previstas en dicha ley, no se lograrían. Considera que se debería firmar ante el Notario la declaración de que por lo menos uno de los miembros de la pareja es el aportante de material genético³⁷⁹.

Respecto a los requisitos de la mujer gestante debería tener “*más de veinticinco años, buen y justificado estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar...deberá tener, por lo menos, un hijo propio sano*” lo que se explica por razones de afectividad, es decir, para suavizar el dolor de apartarse del niño³⁸⁰.

Además, “*Sólo podrá realizar este convenio dos veces*” y “*podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad*”.

Con cierta singularidad, comparando con otras leyes o proyectos como los portugueses³⁸¹, se prevé que la madre gestante “*tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella*”. Opina el autor que no se trata tan sólo de una “actividad” altruista, sino

³⁷⁹ VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., p. 6.

³⁸⁰ VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., p. 6.

³⁸¹ Que hemos comentado en 5.1.6 y 5.1.7.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

que hay que tener en cuenta que “*hay gastos ocasionados desde la inseminación artificial hasta el post-parto...*” y que el pago no significa que se pueda convertir “*la maternidad subrogada en una profesión*”³⁸².

Finalmente se propone que “*el convenio (...) posibilitará que el hijo pueda conocer su origen biológico*”, es decir que en el convenio figurarán los datos de la mujer gestante “*pero no los de su cónyuge o pareja de hecho pues (...) el material genético debe proceder de cualquiera de los padres o madres solicitantes (...) presupuesto en conexión con el actual Art. 180º.5 CC*”³⁸³.

³⁸² Importante es transcribir lo que dice el autor “...no se trata de un medio de obtener ingresos, sino sólo que sería muy conveniente – atendida a la realidad de las cosas y la propia naturaleza humana -, que la mujer gestante – sobretodo si es una persona extraña a los contratantes – tuviera una “recompensa” moderada además de la devolución de los gastos ocasionados desde la inseminación (...) no habría inconveniente alguno en permitir la onerosidad (...) en aras del dinamismo del Derecho y de su adaptabilidad a la realidad, así como del probable interés de la pareja comitente en incentivar la entrega del nacido, sano (...) existiría siempre un compromiso por parte de la pareja comitente de aceptar al futuro neonato aun cuanto éste naciera deforme o con alguna incapacidad, esto es, existiría una obligación de necesario cumplimiento (...) la gratuidad (...) haría menos rigurosa la evaluación de la culpa concurrente”. VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., pp. 7 y 8. En el mismo sentido, BULLARD GONZALEZ, “Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual”, *Revista de la Asociación Ius Et Veritas*, nº 10, julio, 1995, pp. 55 y 56 “en este tipo de negocio jurídico, siempre se presentarían costos necesarios, como los gastos médicos, los cuales comportarían no ya una simple carga para la pareja comitente, sino una obligación propiamente dicha en salvaguarda de la integridad del concebido y de la propia mujer gestante”.

³⁸³ VELA SÁNCHEZ en “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada...”, Op. Cit., p. 9.



**IV - Perspectiva internacional y
adaptación del modelo Americano a la
Península Ibérica**



6. MODELO AMERICANO

*“The battle for legitimizing surrogate motherhood is being waged on
three fronts: through litigation, legislation, and limelight.”*

Noel Keane

Detroit News, Nov. 24, 1981

6.1. Panorama legislativo americano de la Maternidad por Sustitución

Ya tuvimos oportunidad de estudiar el tratamiento jurídico que el legislador dio a la figura de la maternidad de sustitución y a la determinación de la filiación en los planos legislativos portugués y español.

En los Estados Unidos de América, esta materia es tratada de una forma más liberal en algunos de sus Estados, en particular en el modelo californiano, el cual analizaremos siguiendo la detallada investigación de FARNÓS AMORÓS.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En materia de filiación, surgió en 1973, el *Uniform Parentage Act Statement* (también designado Acto Uniforme de Filiación), que vino a poner fin a las situaciones en que los niños nacidos fuera del matrimonio, considerados ilegítimos por la *common law*, no tenían derecho a ver establecida la paternidad – el padre del niño no tenía deberes ni obligaciones parentales en relación a aquella³⁸⁴.

En 1988, fueron promulgados otros dos *Acts*: el *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, que vino responder a las necesidades de establecer un régimen legal para todos los casos de procreación no derivado de un acto sexual (como la inseminación artificial o la FIV); y el *Uniform Putative and Unknown Fathers*, establecía el régimen legal relativo a la identidad de los padres “putativos” y desconocidos.

Posteriormente, incorporaron aquellos dos cuerpos legislativos: el *Uniform Parentage Act* revisado en 2000 y el modificado en 2002.

³⁸⁴ El *Uniform Parentage Act Statement* quebró con la anterior corriente, introduciendo en el Article 2, Section 202, a siguiente redacción "The parent and child relationship extends equally to every child and every parent, regardless of the marital status of the parent."



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Este *Uniform Parentage Act*, que promovía la filiación natural entre padres e hijos, optó por una evolución en el sentido de incorporar las tecnologías científico-médicas, previendo entonces en su *art. 2, Section 201*, la posibilidad de atribuir la maternidad, además de la mujer que da a luz, también a aquella que se sometió a un contrato de gestación, válido y factible en los términos de la ley³⁸⁵.

El *Uniform Parentage Act* dedica el *article 8* al *gestional agreement*. Sin embargo, este régimen es opcional y por eso apenas algunos Estados lo adoptan. Así, tenemos Estados que la prohíben (como es el caso del Estado del Indiana o Michigan)³⁸⁶, Estados en que la propia legislación no es esclarecedora o no existe siquiera (en el caso de Georgia o

³⁸⁵ “Section 201. ESTABLISHMENT OR PARENT-CHILD RELATIONSHIP.

The mother-child relationship is established between a woman and a child:

The woman’s having given birth to the child [except as otherwise provided in the [article] 8];

An adjudication of the woman’s maternity; [or]

Adoption of the child by the woman;[or]

An adjudication confirming the woman as a parent of a child born to a gestational mother if the agreement was validated under [article] 8 or is enforceable under other law.

(...)”

³⁸⁶ Sobre los regimenes de los Estados dos EUA in <http://www.surrogacy-surrogate-mother.com/laws-on-surrogacy.html>, consultado el 26/02/2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Colorado) y Estados que la permiten – Estado de Connecticut³⁸⁷ o Estado de California. Este último es el que va ocupar el presente estudio.

Así, aunque algunos Estados la prohíban, muchos de ellos se orientan por una línea más bien permisiva – sin embargo, en cuanto al carácter oneroso del contrato, existen muchos regimenes que son más limitadores y no la aceptan, o aun consideran que no debe existir compensación alguna a la madre de sustitución³⁸⁸.

³⁸⁷ En 2002, el caso Vogel v. McBride, el Tribunal viabilizó el establecimiento de filiación a una pareja homosexual – "*The egg donor agreement and the gestational carrier agreement were valid, enforceable, and of full legal effect*".

³⁸⁸ Se reproduce una parte del Texas Family Code, "SUBCHAPTER I. GESTATIONAL AGREEMENTS

Sec. 160.751. DEFINITION. In this subchapter, "gestational mother" means a woman who gives birth to a child conceived under a gestational agreement.

Sec. 160.752. SCOPE OF SUBCHAPTER; CHOICE OF LAW.

(a) Notwithstanding any other provision of this chapter or another law, this subchapter authorizes an agreement between a woman and the intended parents of a child in which the woman relinquishes all rights as a parent of a child conceived by means of assisted reproduction and that provides that the intended parents become the parents of the child.

(b) This subchapter controls over any other law with respect to a child conceived under a gestational agreement under this subchapter.

Sec. 160.753. ESTABLISHMENT OF PARENT-CHILD RELATIONSHIP.

(a) Notwithstanding any other provision of this chapter or another law, the mother-child relationship exists between a woman and a child by an adjudication confirming the woman as a parent of the child born to a



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

gestational mother under a gestational agreement if the gestational agreement is validated under this subchapter or enforceable under other law, regardless of the fact that the gestational mother gave birth to the child.

(b) The father-child relationship exists between a child and a man by an adjudication confirming the man as a parent of the child born to a gestational mother under a gestational agreement if the gestational agreement is validated under this subchapter or enforceable under other law.

Sec. 160.754. GESTATIONAL AGREEMENT AUTHORIZED.

(a) A prospective gestational mother, her husband if she is married, each donor, and each intended parent may enter into a written agreement providing that:

(1) the prospective gestational mother agrees to pregnancy by means of assisted reproduction;

(2) the prospective gestational mother, her husband if she is married, and each donor other than the intended parents, if applicable, relinquish all parental rights and duties with respect to a child conceived through assisted reproduction;

(3) the intended parents will be the parents of the child;

(4) the gestational mother and each intended parent agree to exchange throughout the period covered by the agreement all relevant information regarding the health of the gestational mother and each intended parent.

(b) The intended parents must be married to each other. Each intended parent must be a party to the gestational agreement.

(c) The gestational agreement must require that the eggs used in the assisted reproduction procedure be retrieved from an intended parent or a donor. The gestational mother's eggs may not be used in the assisted reproduction procedure.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

(d) The gestational agreement must state that the physician who will perform the assisted reproduction procedure as provided by the agreement has informed the parties to the agreement of:

(1) the rate of successful conceptions and births attributable to the procedure, including the most recent published outcome statistics of the procedure at the facility at which it will be performed;

(2) the potential for and risks associated with the implantation of multiple embryos and consequent multiple births resulting from the procedure;

(3) the nature of and expenses related to the procedure;

(4) the health risks associated with, as applicable, fertility drugs used in the procedure, egg retrieval procedures, and egg or embryo transfer procedures;

(5) reasonably foreseeable psychological effects resulting from the procedure

(e) The parties to a gestational agreement must enter into the agreement before the 14th day preceding the date the transfer of eggs, sperm, or embryos to the gestational mother occurs for the purpose of conception or implantation

(f) A gestational agreement does not apply to the birth of a child conceived by means of sexual intercourse.

(g) A gestational agreement may not limit the right of the gestational mother to make decisions to safeguard her health or the health of an embryo.

Sec. 160.755. PETITION TO VALIDATE GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) The intended parents and the prospective gestational mother under a gestational agreement may commence a proceeding to validate the agreement.

(b) A person may maintain a proceeding to validate a gestational agreement only if

:

(1) the prospective gestational mother or the intended parents have resided



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

in this state for the 90 days preceding the date the proceeding is commenced

;

(2) the prospective gestational mother's husband, if she is married, is joined as a party to the proceeding;

(3) a copy of the gestational agreement is attached to the petition.

Sec. 160.756. HEARING TO VALIDATE GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) A gestational agreement must be validated as provided by this section.

(b) The court may validate a gestational agreement as provided by Subsection (c) only if the court finds that:

(1) the parties have submitted to the jurisdiction of the court under the jurisdictional standards of this chapter

;

(2) the medical evidence provided shows that the intended mother is unable to carry a pregnancy to term and give birth to the child or is unable to carry the pregnancy to term and give birth to the child without unreasonable risk to her physical or mental health or to the health of the unborn child;

(3) unless waived by the court, an agency or other person has conducted a home study of the intended parents and has determined that the intended parents meet the standards of fitness applicable to adoptive parents;

(4) each party to the agreement has voluntarily entered into and understands the terms of the agreement;

(5) the prospective gestational mother has had at least one previous pregnancy and delivery and carrying another pregnancy to term and giving birth to another child would not pose an unreasonable risk to the child's health or the physical or mental health of the prospective gestational mother;

(6) the parties have adequately provided for which party is responsible for all reasonable health care expenses associated with the pregnancy, including providing for who is responsible for those expenses if the agreement is



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

terminated.

(c) If the court finds that the requirements of Subsection (b) are satisfied, the court may render an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born under the agreement.

(d) The court may validate the gestational agreement at the court's discretion. The court's determination of whether to validate the agreement is subject to review only for abuse of discretion.

Sec. 160.757. INSPECTION OF RECORDS.

The proceedings, records, and identities of the parties to a gestational agreement under this subchapter are subject to inspection under the same standards of confidentiality that apply to an adoption under the laws of this state.

Sec. 160.758. CONTINUING, EXCLUSIVE JURISDICTION.

Subject to Section 152.201, a court that conducts a proceeding under this subchapter has continuing, exclusive jurisdiction of all matters arising out of the gestational agreement until the date a child born to the gestational mother during the period covered by the agreement reaches 180 days of age.

Sec. 160.759. TERMINATION OF GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) Before a prospective gestational mother becomes pregnant by means of assisted reproduction, the prospective gestational mother, her husband if she is married, or either intended parent may terminate a gestational agreement validated under Section 160.756 by giving written notice of the termination to each other party to the agreement.

(b) A person who terminates a gestational agreement under Subsection (a) shall file notice of the termination with the court. A person having the duty to notify the court who does not notify the court of the termination of the agreement is subject to appropriate sanctions.

(c) On receipt of the notice of termination, the court shall vacate the order rendered under Section 160.756 validating the gestational agreement.

(d) A prospective gestational mother and her husband, if she is married,

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Así, del art. 8º del *Uniform Parentage Act*, que trata del *gestational agreement*, ha pasado a regular una condición suspensiva del contrato, que hace depender de homologación judicial su carácter vinculativo. Si no existe tal homologación, el contrato no produce los efectos jurídicos pretendidos, por lo menos, en materia de prueba de filiación, y aun pueden verse obligados a sufragar algunos gastos relativos al niño nacido³⁸⁹

may not be liable to an intended parent for terminating a gestational agreement if the termination is in accordance with this section.

Sec. 160.760. PARENTAGE UNDER VALIDATED GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) On the birth of a child to a gestational mother under a validated gestational agreement, the intended parents shall file a notice of the birth with the court not later than the 300th day after the date assisted reproduction occurred.

(b) After receiving notice of the birth, the court shall render an order that:

(1) confirms that the intended parents are the child's parents;
(2) requires the gestational mother to surrender the child to the intended parents, if necessary;

(3) requires the bureau of vital statistics to issue a birth certificate naming the intended parents as the child's parents.

(c) If a person alleges that a child born to a gestational mother did not result from assisted reproduction, the court shall order that scientifically accepted parentage testing be conducted to determine the child's parentage.”
Consultado en <http://www.tholstruplaw.com/gestational-agreement.html#relevantlaw>, el 14-12-09.

³⁸⁹ “...el individuo o la pareja comitente paga a la madre subrogada y a la agencia un precio que normalmente supera con creces lo que se considera “compensación razonable” por los gastos derivados de la gestación, que en



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

(Sección 809 del *Uniform Parentage Act*³⁹⁰). Para la ley se considera un “*Nonvalidated gestational agreement*”, luego, “*not enforceable*”³⁹¹.

teoría sólo deberían ser los básicos, ya sean médicos, legales o psicológicos. Así, cada vez son más las agencias norteamericanas que cobran entre \$35,000 y \$100,000, de los cuales la madre subrogada acostumbra a percibir una cuarta parte. Además de estas cantidades fijas, muchos acuerdos de maternidad subrogada contienen cláusulas adicionales por las cuales la madre subrogada debe recibir una cantidad adicional de \$500 si no queda embarazada durante un ciclo de TRA, o en caso que deba practicársele una cesárea...” (Op.Cit. FARNÓS AMORÓS, en “Inscripció a Espanya de la filiació...”, p.10). En el Reino Unido, aunque los acuerdos de maternidad subrogada sólo son homologados judicialmente si no persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias. Poco antes de la entrada en vigor del *Surrogacy Arrangements Act*, de 1985, en el caso “*Babby Cotton*”, los miembros de la pareja comitente pagaron £ 6500 la agencia de maternidad subrogada Americana, 6500£ a la madre subrogada y £1000 en gastos médicos y legales. Además la madre subrogada vendió la exclusiva a la prensa por £20000, lo que avivó grandes polémicas. (Op.Cit. FARNÓS AMORÓS, “Inscripció a Espanya de la filiació...”, p.20).

³⁹⁰ Pasa a reproducirse dicha sección: “SECTION 809. EFFECT OF NONVALIDATED GESTATIONAL AGREEMENT –

(a) A gestational agreement, whether in a record or not, that is not judicially validated is not enforceable.

(b) If a birth results under a gestational agreement that is not judicially validated as provided in this [article], the parent-child relationship is determined as provided in Article 2.

(c) Individuals who are parties to a non validated gestational agreement as intended parents may be held liable for support of the resulting child, even if the agreement is otherwise unenforceable. The liability under this subsection includes assessing all expenses and fees as provided in Section 636. Consultado en <http://www.aals.org/profdev/family/sampson.pdf>, el 12-02-2009.

³⁹¹ Según la “SECTION 803”, sub epígrafe “Hearing to validate gestational agreement”, tenemos que:



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Efectivamente, si alguna de las partes se arrepiente, debería de nuevo acudir al tribunal con el fin de denunciar el contrato. Una revocación que sólo puede tener lugar mediante motivos justificativos fuertes, ponderosos o acaso de probada fuerza mayor.

“(a) If the requirements (...) are satisfied, a court may issue an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born during the term of the agreement.

(b) The court may issue an order under subsection (a) only on finding that:

- (1) the residence requirements of Section 802 have been satisfied and the parties have submitted to the jurisdiction of the court under the jurisdictional standards of this Act;

- (2) medical evidence shows that the intended mother is unable to bear a child or is unable to do so without unreasonable risk to her physical or mental health or to the unborn child;

- (3) unless waived by the court, the (relevant child-welfare agency) has made a home study of the intended parents and the intended parents meet the standards of fitness applicable to adoptive parents;

- (4) all parties have voluntarily entered into the agreement and understand its terms;

- (5) the prospective gestational mother has had at least one pregnancy and delivery and her bearing another child will not pose an unreasonable health risk to the unborn child or to the physical or mental health of the prospective gestational mother;

- (6) adequate provision has been made for all reasonable health-care expense associated with the gestational agreement until the birth of the child, including responsibility for those expenses if the agreement is terminated; and

- (7) the consideration, if any, paid to the prospective gestational mother is reasonable.

(c) Whether to validate a gestational agreement is within the discretion of the court, subject to review only for abuse of discretion.” Consultado en <http://www.aals.org/profdev/family/sampson.pdf>, el 12-02-2009.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Discutible es el momento en que puede haber arrepentimiento de las partes, si antes o después de la concepción.

Así, siguiendo a Farnós, nos parece más evidente que la revocación del acuerdo pueda darse más fácilmente antes de haber concepción que después, en cuyo caso debería demostrarse la “fuerza mayor” y nunca después del nacimiento³⁹².

³⁹² En los EE.UU, aunque varios estados sigan la misma línea de permisión, por ejemplo los “Florida Statutes” regulan los llamados “acuerdos previos de adopción” – preplanned adoption agreements – los cuales pueden ser legalizados, si firmados por escrito y aprobados judicialmente, pero a la madre subrogada asiste el derecho de arrepentirse en las primeras 48 horas del nacimiento, si no renunciar previamente a esta posibilidad. Veamos la transcripción de las disposiciones más importantes del Fla. Stat. § 63.213:

“1) Individuals may enter into a preplanned adoption arrangement as specified in this section, but such arrangement may not in any way:

a) Effect final transfer of custody of a child or final adoption of a child without review and approval of the court and without compliance with other applicable provisions of law.

b) Constitute consent of a mother to place her child for adoption until 48 hours following birth and unless the court making the custody determination or approving the adoption determines that the mother was aware of her right to rescind within the 48-hour period following birth but chose not to rescind such consent

(...)

(6) As used in this section, the term:



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Esta solución protegería/tutelaría ambas partes: no solamente a la madre de gestación en el caso de que la pareja de recepción rechazara el niño si este nace con deficiencias, sino también protegería a la pareja de recepción en caso que la madre gestante desee quedarse con el niño³⁹³.

g) "Preplanned adoption agreement" means a written agreement among the parties that specifies the intent of the parties as to their rights and responsibilities in the preplanned adoption arrangement, consistent with the provisions of this section.

h) "Preplanned adoption arrangement" means the arrangement through which the parties enter into an agreement for the volunteer mother to bear the child, for payment by the intended father and intended mother of the expenses allowed by this section, for the intended father and intended mother to assert full parental rights and responsibilities to the child if consent to adoption is not rescinded after birth by the volunteer mother, and for the volunteer mother to terminate, subject to a right of rescission, all her parental rights and responsibilities to the child in favor of the intended father and intended mother."

³⁹³ Hacemos referencia a los que sucede en otros países, relativamente a un requisito tan controvertido como lo que estamos estudiando – el consentimiento. Así, la ley de Ucrania prevé la irrevocabilidad del consentimiento desde que se firme el convenio de gestación; a su vez, en la ley Francesa se permite que la madre gestante se arrepienta hasta tres días después del alumbramiento pero, a la pareja no asiste este derecho; la ley Rusa, un poco menos desarrollada, se permite que la gestante pueda negarse a que la crianza sea inscrita como hija de los receptores, sin que apunte plazo. Finalmente, la ley Mexicana, así como la Ucraniana, determina que el consentimiento es irrevocable desde el inicio, aunque se establezca un plazo pero referente a la obligación de cumplimiento del contrato (no para negarse). (Op.Cit. VELA SÁNCHEZ en "Propuesta de regulación del convenio de gestación ..." pp.3 y 4).



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

No podemos dejar de señalar que, la decisión del tribunal, por existir un margen de libre elección, podrá implicar soluciones injustas (como por ejemplo, retirar el niño a los padres biológicos cuando sean simultáneamente los padres de recepción); sin embargo, si tenemos en cuenta que este órgano jurisdiccional juzga con imparcialidad, buscando siempre obtener las soluciones más adecuadas dentro del espíritu del sistema, en observancia a los principios fundamentales, tendremos que confiar en él y en su funcionamiento (caso contrario, siempre quedaría el Recurso de las decisiones³⁹⁴).

³⁹⁴ Solución adoptada de la “Section 806” do Uniform Parentage Act:

“(a) After issuance of an order under this [article], but before the prospective gestational mother becomes pregnant by means of assisted reproduction, the prospective gestational mother, her husband, or either of the intended parents may terminate the gestational agreement by giving written notice of termination to all other parties.

(b) The court for good cause shown may terminate the gestational agreement.

(c) An individual who terminates a gestational agreement shall file notice of the termination with the court. On receipt of the notice, the court shall vacate the order issued under this [article]. An individual who does not notify the court of the termination of the agreement is subject to appropriate sanctions.

(d) Neither a prospective gestational mother nor her husband, if any, is liable to the intended parents for terminating a gestational agreement pursuant to this section.” Señálese que, a pesar de no quedar líquido, el legislador norte-americano admite que una de las partes se arrepienta solamente antes de haber concepción”.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Entre varias hipótesis posibles, esta permite hacer el encuentro justo de las muchas soluciones en juego.

La duda será: ¿Podría haber ejecución específica en este tipo de contrato?

Analizemos lo que entendemos por ejecución específica y cómo funciona: supone la “realización forzada, por intervención judicial, de la prestación debitoria que el deudor no ejecutó voluntariamente. El acreedor puede recurrir a la ejecución específica, si la obligación tiene por objeto la entrega de una cosa determinada o de una cuantía en dinero o si la prestación constituye un hecho fungible, negativo o una declaración de voluntad integrante de un contrato. La ejecución específica supone que, no habiendo sido la obligación voluntariamente cumplida, su cumplimiento aun es posible y mantiene aun el interés para el acreedor³⁹⁵”.

Realmente esto choca con la ejecución específica de un contrato de gestación que integre el “niño” en el concepto de cosa determinada, pero no chocará si decimos que hay ejecución específica por incumplimiento de una “voluntad integrante de un contrato”.

³⁹⁵ Op.Cit. PRATA, A., “Dicionário ...”, p.445.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Queda dejar la puerta abierta para la clasificación del cumplimiento coactivo del contrato, si ejecución específica o otra terminología por ventura, más adecuada a la naturaleza del propio contrato en causa – por ejemplo - “cumplimiento coactivo” o por que no “ejecución específica de las obligaciones resultantes del contrato de gestación”³⁹⁶.

Pensamos, todavía, que se debería ponderar la posibilidad de ejecución específica mediante decisión judicial cuando ya haya sido implementado el embrión en la madre de sustitución. Se debería prever, por lo menos, en los casos en que existe participación genética de la mujer de la pareja de recepción, o cuando exista participación genética plena/total de la pareja de recepción.

Teniendo en cuenta estos debates doctrinarios y jurisprudenciales en torno del *Uniform Parentage Act*, cuyas interpretaciones van moldando el sentido que el legislador ha querido transmitir en materia de filiación, atendiendo a la realidad circundante, la verdad es que la admisión jurisprudencial de la figura de la maternidad de sustitución o

³⁹⁶ En el CC Portugués el régimen de excepción específica consta en los arts. 827° ss e 928° ss.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

gestional agreement, ya se da desde el inicio de la década de 90³⁹⁷, utilizándose muchas veces como instrumento de soporte, este *Uniform Act of Parentage*, para auxiliar la interpretación de varios casos relativos a esta materia.

De este modo, veamos los casos mediáticos³⁹⁸, que influenciaron la construcción paradigmática legislativa de la maternidad de sustitución.

En 1993, el caso *Jonson vs Calvert* abrió precedentes para el reconocimiento legal a estos acuerdos, siendo uno de los más influyentes en esta materia. Mark y Cristina Calvert, habían celebrado un contrato de gestación con Anna Jonson, para que ésta se quedara embarazada de un embrión implantado en su útero – embrión ese fecundado con material genético de la pareja de recepción, dado que Cristina, a causa de una histerotomía, no podía quedarse embarazada. Así, después de la gestación y del parto, Anna Jonson entregaría el niño, renunciando a los derechos y responsabilidades parentales sobre aquél a favor de la pareja de recepción. En contrapartida, recibiría la *madre gestante* la cuantía global de

³⁹⁷ Sobre los casos jurisprudenciales californianos – FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación...”, Op. Cit.

³⁹⁸ Sobre el asunto de los casos expuestos in - <http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.html>



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

\$10.000, cuyo pago se efectuó en pequeñas cuantías. Sucedió que, reclamando el pago de las cuantías retrazadas, “amenazó” a la madre receptora de no entregarle el niño después del parto, lo que llevó la pareja de recepción Calvert, a instaurar una acción con vista a dar continuidad al cumplimiento del contrato de gestación y así, ver determinada a su favor la filiación, es decir, en la calidad de pareja de recepción.

Paralelamente, la madre gestante instauró otra acción para reconocer la filiación materna a su favor, negándose incluso a entregar después el niño.

Al respecto, la *California Supreme Court* decidió el establecimiento de la maternidad y paternidad a favor de la pareja de recepción.

Como manifiesta la autora Farnós Amorós³⁹⁹:

De acuerdo con las secciones 7003 y 7015 del Código civil californiano entonces aplicable, la maternidad podía determinarse por el hecho del parto y, a partir de la remisión a las normas para la determinación de la paternidad, también

³⁹⁹ FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación...”, Op. Cit., p.8.

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

por las pruebas genéticas⁴⁰⁰. A pesar de que en el caso la filiación materna podía establecerse tanto a favor de la madre subrogada (la que dio a luz), como de la madre comitente (la que aportó los óvulos), el TS de California estableció la maternidad respecto de esta última, ya que fue ella y no la subrogada quien decidió tener el niño, asumiendo todas las consecuencias: “[S]he who intended to procreate the child – that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own – is the natural mother under Californian law.” (p. 782). El tribunal acabó estableciendo la filiación a favor de los dos miembros de la pareja comitente a partir del recurso a la teoría de la causalidad, ya que sin la voluntad (intención) de ambos el nacimiento no hubiera tenido lugar: “(...) They affirmatively intended the birth of the child, and took the steps necessary to effect in vitro fertilization. But for their acted-on intention, the child would not exist. (...)” (p. 782). Como afirma el propio TS en la nota 10 de la sentencia, en caso que el niño hubiera sido

⁴⁰⁰ “En la actualidad, las reglas son las mismas, por aplicación de la sección 7610 (a) del California Family Code (...), que a su vez remite a las normas para la determinación de la paternidad (sec. 7550 Cal. Fam. Code).

Aunque los acuerdos de maternidad subrogada no encuentran reconocimiento legal explícito en aquel estado, su eficacia vinculante está expresamente admitida a partir del precedente *Johnson v. Calvert* [851 P.2d 776 (1993)].”



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

concebido a partir de óvulos donados la solución legal hubiera sido la misma.”

En otro de los casos relevantes – *In Re Marriage Moschetta* – después que Cynthia Moschetta instaurara una acción judicial reclamando el establecimiento de la maternidad a su favor, la *California Court of apéelas* decidió, en 1994, atribuir la filiación paterna al elemento masculino de la pareja de recepción y la filiación materna a la madre gestante, que había contribuido con sus gametos, dado que la pareja de recepción se encontraba separada y en vías de divorcio. El supuesto de hecho es el siguiente: en 1989, la pareja Robert y Cynthia Moschetta (esta última infértil) acordaron un gestacional agreement con *Elvira Jordan*, según el cual ésta se obligaba a ser inseminada artificialmente con los gametos masculinos de Robert Moschetta, soportando el embarazo y después del alumbramiento, se atribuiría la custodia total al padre, Robert, que prometió practicar los actos necesarios para atribuir la maternidad a Cynthia Moschetta a través de adopción. A finales de 1990, meses antes del nacimiento, el matrimonio Moschetta se separan sin confirmación de la adopción a favor de Cynthia⁴⁰¹. Ésta instauró una acción

⁴⁰¹ In www.aspenlawschool.com/books/johnsonkrause/moschetta.doc - word, visitado el 12-04-2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

judicial con vista al establecimiento de la maternidad a su favor pero el *California Court of Appeals* decidió, en 1994, determinar la filiación paterna a favor de Robert, padre biológico y la filiación materna a la gestante, Elvira Jordan, ya que ésta había contribuido con sus gametos y que la pareja Moschetta se había separado y en vías de divorcio⁴⁰² - aunque concedió derechos de visita a favor de Cynthia.

Por el contrario, en 1998, en el caso *In Re Marriage Buzzanca*⁴⁰³, ninguno de los pretendidos padres habían contribuido con gametos (masculinos y femeninos), siendo el material genético proveniente de donantes anónimos. Después de la fecundación se implantaron en el útero de la madre gestante. Así, podríamos identificar seis “padres” – el donante de espermia y la donante del ovulo, los pretendidos padre y madre

⁴⁰² La decisión es armoniosa con el precedente *In Baby M* – después de la madre gestante recusar la entrega del niño después del alumbramiento, el Tribunal Superior de New Jersey decide, en 1988, establecer la filiación a favor de la madre gestante y del elemento masculino de la pareja, una vez que ambos habían fornecido su material genético – entendió aquel tribunal que el contrato era contrario al interés público. Más recientemente, en 2009, en el interés superior del menor, el mismo tribunal de New Jersey (Hudson County) “confirmó” a Baby M, y atribuyó la custodia del niño a la pareja de recepción y, a la gestante concedió un régimen de visitas susceptible de ampliación.

⁴⁰³Sobre el asunto, disponible en http://www.romingerlegal.com/california_court/caselaw_opinions/C042077.html , visitado el 26/02/2011.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

que constituyeron un proyecto parental y la madre gestante y su marido.

La decisión del Tribunal de Primera Instancia optó por la filiación indeterminada, decisión esta revocada por el Tribunal Superior, que decidió a favor de la pareja de recepción, una vez que ésta había asumido voluntariamente las responsabilidades parentales.

En 2005, en los casos *Elisa B. vs Superior Court, Kristine H. vs Lisa R.* y *K.M. vs E.G.*⁴⁰⁴, que retrataban la posibilidad de una pareja compuesta por dos mujeres lesbianas de establecer a su favor la filiación en el ámbito de un contrato de gestación. La *California Supreme Court* decidió que, de acuerdo con el *Uniform Parentage Act*, estas parejas podrían ser consideradas legalmente padres por la vía de la maternidad de sustitución.

Debemos también destacar que, a par del *Uniform Parentage Act*, el *Civil California Code* resuelve la cuestión del establecimiento de la filiación⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴In http://www.hrc.org/laws_and_elections/421.htm- visitado el 26-02-2011.

⁴⁰⁵ Sobre este asunto, FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación...”, Op. Cit.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

La *Section 7630 (f)*⁴⁰⁶ del *California Family Code*, determina que el establecimiento de la filiación, cuando se basa en un acuerdo de gestación, tendrá que ser objeto de procedimiento judicial. Este procedimiento reconoce la filiación a la pareja de recepción, tal como sus derechos parentales (*pre-birth judgement*) relativos al recién-nacido, declarando de este modo la filiación a favor de la pareja de recepción (*Section 7633*⁴⁰⁷ del *California Family Code*) y consecuentemente extinguiendo la filiación relativa a la madre gestante y a su marido⁴⁰⁸ - no extinguiéndose la filiación relativa a la madre gestante casada, se ampara la presunción de paternidad a que se refiere la *Section 7611* del *California Family Code*⁴⁰⁹. La sentencia judicial obtenida en los términos citados, ordena que

⁴⁰⁶ Section 7630 (f) – “A party to an assisted reproduction agreement may bring an action at any time to establish a parent and child relationship consistent with the intent expressed in that assisted reproduction act.”

⁴⁰⁷Section 7633 – “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.”

⁴⁰⁸ Como refiere Esther Farnós Amorós, FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación...”, Op. Cit.

⁴⁰⁹ Section 7611 do California Family Code - “ A man is presumed to be the natural father of a child if he meets the conditions provided in Chapter 1 (commencing with Section 7540) or Chapter 3 (commencing with Section 7570) of Part 2 or in any of the following subdivisions:

(a) He and the child’s natural mother are or have been married to each other and the child is born during the marriage, or within 300 days after the marriage is terminated by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce, or after a judgment of separation is entered by court ...”



el hospital donde haya nacido el niño, haga constar en el certificado de nacimiento, que los padres son la pareja de recepción. Una vez obtenido ese documento, los padres deberán dirigirse, en los diez días siguientes, al *California Office of Vital Records*, añadiendo la sentencia judicial, para registrar y “oficializar” dicha filiación.

6.2. Nota comparativa de las leyes Europeas con la ley Americana

Recurriendo al Derecho Comparado Europeo/Americano, no hay duda que este último ordenamiento jurídico, presenta una corriente de tendencia liberal mayor en comparación a los varios ordenamientos europeos en lo que respecta a la figura de la maternidad de sustitución.

Hemos tenido oportunidad de verificar que la corriente americana californiana evolucionó, *in casu*, acompañando de cierta forma, la realidad social de tendencia liberalista. Y, por eso, permite, aunque con algunos contornos limitativos, el contrato de gestación.

Así, no es de extrañar que muchas parejas, que deberían gozar de una protección jurídica mayor en sus legislaciones

*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

nacionales, recurran a esta técnica en Estados Unidos, para solucionar sus problemas de infertilidad⁴¹⁰. Además, el estado californiano es conocido por su “turismo procreador”⁴¹¹. El problema, después, es resolver las cuestiones relativas al establecimiento de la filiación en los ordenamientos jurídicos que prohíben aquella práctica⁴¹².

En este estudio ya hemos tenido oportunidad de analizar las legislaciones portuguesa y española. Veamos ahora otros casos de derecho comparado.

En la legislación alemana, la gestación por cuenta de otro esta prohibida⁴¹³ por la *Embryonenschutzgesetz* (“Ley de Protección del Embrión”) de 13 de Diciembre del 1990. En la sección 1, parágrafo 1, nº 7, está prevista la pena de hasta 3 años de prisión o multa para quien lleve a cabo la fecundación

⁴¹⁰ O problemas de otra índole que no les permita tener una crianza por reproducción natural.

⁴¹¹

http://www.soitu.es/soitu/2008/06/25/actualidad/1214414139_481507.html

⁴¹² Como es el caso que vimos con la DGRN española y la pareja valenciana en el punto 6.1.2;

⁴¹³ Sobre la legislación extranjera in www.ambito-juridico.br, e http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc_leg2.htm, ambos consultados en 26/02/2011 pelas 22h; Op Cit. GONZÁLEZ MORÁN, L., “Aspectos Jurídicos de la procreación asistida...”, p. 111 y ss



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

artificial a una mujer que está dispuesta a entregar el hijo a terceros después del parto⁴¹⁴.

En el ordenamiento jurídico inglés respecto a las técnicas de PMA, ya se defendiendo hace mucho – recuérdese que el primer bebe de probeta, Louis Brown, nació en 25 de Julio del 1978.

En materia de maternidad de sustitución, surgió el *Surrogacy Arrangements Act* en 1985, que prohíbe su “comercialización”, en el sentido de no permitir el contrato de gestación. El *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990, modificado posteriormente por el *Human Fertilisation Act* de 2008⁴¹⁵ que regula la prohibición del contrato oneroso con “fines lucrativos”. Considera que la madre jurídica es la madre biológica, pero reconoce que los padres jurídicos pueden ser considerados la pareja de recepción, si obtuvieren del tribunal una *parental order*, segundo la *Section 30* del *Human Fertilisation and Embriology Act*⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Documento legislativo disponible en:
http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:L8zvZk58nS8J:www.bmj.bund.de/files/-/1147/ESchG%2520englisch.pdf+Embryonenschutzgesetz+law&hl=pt-PT&gl=pt&pid=bl&srcid=ADGEEShj38VBgyrgih-tfldFm4zldcql5jFd3Ego3pHw0frBkTqsqsiYyAdiovEoiNh8-SY52KelMGsjWQfYMd0b3RdFLmuJaqpXk_TbHzyPqTMQWm4K5nLahfyaKpZE9t1yEoG3zdc&sig=AHIEtbQWV8EGYiyH12PDfP9w52o2IPmlzg;

⁴¹⁵ Diploma disponible en:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/30>, consultado el 28-02-2011.

⁴¹⁶ “30. Parental orders in favour of gamete donors.

(1)The court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the parties to a marriage (referred to in this section as “the husband” and “the wife”) if:



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

(a)the child has been carried by a woman other than the wife as the result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b)the gametes of the husband or the wife, or both, were used to bring about the creation of the embryo, and

(c)the conditions in subsections (2) to (7) below are satisfied.

(2)The husband and the wife must apply for the order within six months of the birth of the child or, in the case of a child born before the coming into force of this Act, within six months of such coming into force.

(3)At the time of the application and of the making of the order—

(a)the child's home must be with the husband and the wife, and

(b)the husband or the wife, of both of them, must be domiciled in a part of the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.

(4)At the time of the making of the order both the husband and the wife must have attained the age of eighteen.

(5)The court must be satisfied that both the father of the child (including a person who is the father by virtue of section 28 of this Act), where he is not the husband, and the woman who carried the child have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order.

(6)Subsection (5) above does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purposes of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth.

(7)The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by the husband or the wife for or in consideration of:

(a)the making of the order,

(b)any agreement required by subsection (5) above,

(c)the handing over of the child to the husband and the wife, or

(d)the making of any arrangements with a view to the making of the order, unless authorized by the court.

(8)For the purposes of an application under this section—



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Los ordenamientos legislativos húngaro e italiano tampoco permiten la figura de la maternidad de sustitución.

(a) in relation to England and Wales, section 92(7) to (10) of, and Part I of Schedule 11 to, the M1Children Act 1989 (jurisdiction of courts) shall apply for the purposes of this section to determine the meaning of “the court” as they apply for the purposes of that Act and proceedings on the application shall be “family proceedings” for the purposes of that Act,

(b) in relation to Scotland, “the court” means the Court of Session or the sheriff court of the sheriffdom within which the child is, and

(c) in relation to Northern Ireland, “the court” means the High Court or any county court within whose division the child is.

(9) Regulations may provide:

(a) for any provision of the enactments about adoption to have effect, with such modifications (if any) as may be specified in the regulations, in relation to orders under this section, and applications for such orders, as it has effect in relation to adoption, and applications for adoption orders, and

(b) for references in any enactment to adoption, an adopted child or an adoptive relationship to be read (respectively) as references to the effect of an order under this section, a child to whom such an order applies and a relationship arising by virtue of the enactments about adoption, as applied by the regulations, and for similar expressions in connection with adoption to be read accordingly,

and the regulations may include such incidental or supplemental provision as appears to the Secretary of State necessary or desirable in consequence of any provision made by virtue of paragraph (a) or (b) above.”

(10) In this section “the enactments about adoption” means the [F1Adoption and Children Act 2002] , the M2Adoption (Scotland) Act 1978 and the M3Adoption (Northern Ireland) Order 1987.

(11) Subsection (1)(a) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination”.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

De igual modo en Francia, la práctica designada por “*gestation pour autrui*” está prohibida. Sin embargo, destaca el caso de *Sylvie et Dominique Menesson*⁴¹⁷ del 25 de Octubre del 2007. Una pareja de mujeres lesbianas celebró un contrato de gestación en el Estado Californiano con una mujer que dio a luz una pareja de gemelas. El tribunal reconoció la doble filiación materna, pero no atribuyó la nacionalidad francesa a las niñas⁴¹⁸. El reconocimiento de la filiación de la pareja mereció la atención del Estado Francés, que estudia establecer un régimen más favorable a la maternidad de sustitución.

Así, observamos que los ordenamientos jurídicos europeos, de un modo general, optan por la prohibición de la figura del contrato de gestación, atribuyendo la maternidad a la madre que da a luz⁴¹⁹. En cambio, aunque algunos Estados de los EUA no la permitan, son muchos los que ya admiten el contrato de gestación. En el caso californiano, claramente ofrece poca resistencia, no solamente a este tipo de contratos, como al hecho de que puedan ser onerosos. Por todo ello es habitual que muchas parejas viajen para este Estado, intentando satisfacer

⁴¹⁷<http://www.vientredealquiler.com/index.php/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres>, consultado el 28-02-2011.

⁴¹⁸ La pareja recurrió al Cour de Cassation para que lhes seja atribuída a nacionalidade francesa;

⁴¹⁹ Cuestión ya abordada *Supra*.



las necesidades y intereses legítimos de tener hijos vía maternidad de sustitución, puesto que aquel Estado lo permite y muchas legislaciones nacionales no lo hacen.

6.3. Estrategias de encuadramiento del modelo Americano en el Continente Europeo

Observamos que la legislación europea es muy restrictiva si la comparamos con la ley americana. Siendo cierto, sin embargo, que ya se siente una necesidad de admitir la figura de la maternidad de sustitución, aunque a título gratuito y en términos excepcionales – a título de ejemplo, en la legislación portuguesa hay ya una opción de no ser sancionada (la maternidad de sustitución gratuita) y existen proyectos legislativos en su defensa.

De otro lado tenemos el modelo americano, particularmente el californiano, objeto del presente estudio, que es más abierto, permitiendo la posibilidad del contrato, incluso a título oneroso, mediante una homologación judicial.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

También el reciente Informe Preliminar de DIP, Haya, sobre maternidad subrogada, apela a que se de más atención a la temática y que se lleguen a consensos y soluciones globales ya que la situación actual está muy lejos de lograr resultados satisfactorios, sobretodo para los niños – sus derechos y intereses fundamentales. Así, una de las recomendaciones en las conclusiones es la de que se lleven a cabo más estudios de Derecho Comparado sobre las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la filiación para que se pueda evaluar mejor la conveniencia y viabilidad de la figura⁴²⁰.

⁴²⁰ Cfr. Conclusiones del RAPPORT PRÉLIMINAIRE SUR LES PROBLÈMES DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL – “... *The number of international surrogacy arrangements appears to be growing at a rapid pace and while some States are attempting to resolve the problems arising as a result, this global phenomenon may ultimately demand a global solution. There is no doubt that the current situation is far from satisfactory for the States and parties involved and, most importantly, for the children born as a result of these arrangements. There is a real concern that the current situation often fails to adequately ensure respect for children’s fundamental rights and interests.*

65. *In the next year, if Council supports the continuation of work in this field, the Permanent Bureau would continue its work pursuant to the 2011 mandate, and more specifically: (1) circulate a Questionnaire directed to Members in order to obtain further, more detailed information regarding the incidence and nature of the problems being encountered in relation to international surrogacy arrangements, as well as in relation to legal parentage or “filiation” more broadly and also seek Members’ views on the “needs” to be addressed and their thoughts on the approach to be taken; (2) undertake (further) consultations with health, legal professionals and others (including surrogacy agencies) engaged in the field; and (3) carry out further comparative law research concerning the private international law rules relating to legal parentage in order to assess further the desirability and feasibility of the approaches discussed in Section IV(b) above.*



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

En este contexto, presentamos una propuesta de redacción, semejante al modelo Californiano el cual admite, aunque excepcionalmente, el contrato de gestación. De hecho, consideramos que, siendo una materia delicada, no deberá ser admitida livianamente sino sólo en terminos excepcionales.

Así, el contrato de gestación depende de una evaluación hecha en los Tribunales, para que se produzcan los efectos jurídicos pretendidos por las partes. Así, si no se somete a juicio de los Tribunales la apreciación y validación del contrato, le serán negados los efectos jurídicos para que se verifique la determinación de la filiación a favor de la parte que la pretendía.

De este modo, la propuesta sería la siguiente:

***Gestación por sustitución/ ou Gestaçao por
Outrém***

1. Será nulo el contrato, por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación

66. Subject to the view of the Council, the Permanent Bureau would expect to produce a Final Report on this matter for Council in April 2013 with recommendations as to the appropriate next steps."



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

materna a favor del contratante o de un tercero, sino está homologado por el tribunal.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada según los criterios biológicos, pero atendiendo a las circunstancias concretas.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, conforme las reglas generales (de la legislación española).

4. El contrato homologado por el tribunal deberá especificar la madre gestante, la cual deberá pertenecer al banco de madres gestantes, así como la eventual compensación o remuneración.

Así, el contrato es nulo, no produciendo ningún efecto, si no hay homologación judicial.

Efectivamente, nos parece razonable someter las partes a juicio para validar el contrato de gestación, ya que supone una mayor seguridad jurídica, evidencia una voluntad de las partes de crear ese vínculo obligatorio lo que hace necesario un control judicial, y dejar constancia de que aquel vínculo representa un elemento volitivo común a ambas partes – tanto para la madre gestante, como para la pareja de recepción.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Respecto a la filiación, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente⁴²¹, pensamos que el legislador no debe efectivamente, tomar como cierto el criterio biológico, dado que no siempre éste es deseable y, por eso, deberá atenderse a las circunstancias del caso concreto para determinar la filiación.

Hemos optado por mantener en el número 3, la solución dada por el legislador español en el art. 10º, nº 3 de la TRHA, ya que, según el criterio biológico, deberá ser salvaguardada esta hipótesis.

Bien sabemos que la solución propuesta en el nº 4 – el carácter oneroso del contrato – no es conforme los ordenamientos jurídicos europeos. Sin embargo, cuando hablamos de costos no nos referimos a un interés comercial, ni tampoco a una venta. Pensamos que no merece juicio censurable que la madre gestante obtenga una remuneración por los meses de desgaste propio y natural de un embarazo y, igualmente, de ese espacio temporal en que estuvo limitada por llevar a término el embarazo - hablamos de una compensación monetaria por el esfuerzo y sacrificios efectuados, tales como gastos médicos y de salud que no existirían si la mujer no se

⁴²¹ En el capítulo V.

hubiera quedado embarazada. Nos referimos a los gastos comunes que acarrea el embarazo.

Conclusiones

1. En el origen de las técnicas de procreación médicamente asistida y como fundamento inicial de su existencia, reside la intención de dar una respuesta a los problemas de infertilidad de las parejas. De este modo, es evidente que este factor tendrá que tenerse en cuenta cuando se elabore un modelo de ley que sea más favorable a la vida humana y sobretodo no discriminatorio.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

El deseo de tener hijos, instinto prácticamente inherente al ser humano, antes visto como un destino, es hoy una simple contingencia en virtud de las victorias obtenidas por la ciencia. La ciencia bioética permitió y sigue permitiendo con su evolución, la posibilidad de asegurar la preservación del patrimonio genético.

Así, existe una necesidad de reglamentación que acompañe estos desafíos lanzados por la ciencia – de la mano, evidentemente, de los principios que inspiran el campo de la bioética –, los principios de la autonomía, justicia, beneficencia, no maleficencia y proporcionalidad, que está patentes en los ordenamientos jurídicos.

2 – Al estudiar los ordenamientos jurídicos portugués y español, se observa que el ámbito subjetivo de la ley española es más liberal y se acerca mejor a la realidad social circundante. El ordenamiento español es más fiel a los principios de la igualdad y no discriminación a los ciudadanos nacionales, ya que la mujer sola (hay una referencia implícita resultante de la naturaleza de la norma) puede recurrir a los métodos de reproducción humana asistida, independientemente de su estado civil u orientación sexual –sólo necesitará el



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

consentimiento del marido, en el caso, lógicamente, que esté casada.

La legislación portuguesa es más restrictiva en este aspecto, dado que solo permite a parejas unidas por matrimonio, o parejas de hecho, acudir a las técnicas de reproducción asistida, prohibiendo el acceso a las parejas homosexuales – y aquí pensamos que el legislador, en conformidad con los principios constitucionales legales, debería corregir esta situación, ya que se ha aprobado la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo. En todo caso, cabe recordar que en Portugal existen diversos proyectos cuya finalidad es la regulación de la maternidad por sustitución.

3 – En cuanto a la utilización de estas técnicas, la legislación portuguesa es más polémica en cuanto parte del principio de la subsidiariedad de acceso a estas técnicas, mientras que la ley española opta por admitirlas cuando existan posibilidades razonables de éxito, si no existen graves riesgos para la salud física y psíquica de la mujer.

4 – En las dos leyes que regulan la procreación médicamente asistida encontramos, sin embargo, algunas materias que por su delicadeza merecían un mejor tratamiento jurídico. Es el caso de la maternidad de sustitución.



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

La legislación portuguesa no ha sido muy afortunada en la terminología utilizada para la figura – “maternidade de substituição” – antes gestación por sustitución/gestación por otro. En ese sentido, la doctrina española es más concisa y configura la figura como un contrato de servicios. Consideramos que esta figura deberá ser calificada como un contrato establecido entre las partes.

5 - Sin embargo, a este contrato de gestación, ambos ordenamientos jurídicos lo consideran nulo, en una aparente coherencia con los principios y valores impuestos por los respectivos sistemas jurídicos y a ellos inherente. Como consecuencia de dicha nulidad, la filiación materna se atribuye a favor de la madre biológica ya que la madre es quien da a luz según el criterio biológico vigente en estos ordenamientos jurídicos. La existencia de lazos sanguíneos es demostrativa de la filiación.

6 - Aunque hay mucha resistencia en la doctrina europea en cuanto a la cuestión de configurar la maternidad subrogada como un contrato oneroso, es verdad que un embarazo representa siempre un desgaste y costos que son naturalmente inherentes y propios. En esta línea, no tiene sentido que sea una mujer que de forma altruista cedió su útero para la gestación ajena la que tenga que soportar ella sola todos



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

los gastos generados. Es más justo que deba soportarlos la pareja de recepción o la beneficiaria.

7 - Aunque no se admite la maternidad por sustitución, en las Constituciones portuguesa y española hay un Derecho de constituir familia que encierra también un derecho de procrear en condiciones de plena igualdad.

Los beneficiarios de las técnicas de PMA disponen de una legitimidad en su deseo de constituir una familia, de ser padres y madres. Esa legitimidad deriva de aquellas leyes fundamentales cuando conceden el derecho de constituir familia y el derecho a la igualdad y no discriminación delante de la ley y justicia.

8 - Esta legitimidad de la que disponen los beneficiarios es reforzada aun más cuando, uno de los miembros de la pareja de recepción contribuyó con sus gametos en el proceso para asegurar descendencia genética.

Nos parece, en todo caso que, defender la maternidad subrogada como un contrato de gestación gratuito, es más acorde con la filosofía de los ordenamientos español y portugués. Ambos ordenamientos son más receptivos a un



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

principio de solidaridad, condenando sin reservas el contrato a título oneroso.

La ley portuguesa imputa mayor juicio de censurabilidad a los acuerdos onerosos y aunque la ley española no lo diferencie, la doctrina mayoritaria “acepta” mejor la existencia de un contrato a título gratuito.

9 - El interés superior del menor es otro de los argumentos que exige que haya una solución más permisiva en esta materia; este principio, que debe inspirar la construcción de la materia, no se tiene presente en la legislación. En términos prácticos, una pareja que se someta a un proyecto parental por la maternidad subrogada, naturalmente adoptará las condiciones para que el niño tenga un ambiente familiar realmente estable, comparado con una madre gestante que rechazó *ab initio* las responsabilidades maternas y que no tenía el mismo propósito que la pareja.

10 – En materia de filiación existen situaciones en que sería más deseable y más coherente con el interés del menor, la no atribución de la maternidad a la madre gestante. El hombre que contribuyó con sus gametos en el ámbito de la PMA es considerado en la ley portuguesa como donante y goza de protección jurídica para que no sea establecida a su favor la paternidad. En la LTRHA, apenas se confiere la posibilidad de



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

reclamar jurídicamente la paternidad pero, en todo caso, no es obligatoria y por eso puede el niño no tener padre. La investigación en Portugal no soluciona esta cuestión, pues solo se hace hasta dos años después del alumbramiento.

Así, en ambos ordenamientos jurídicos, cabe la posibilidad de producirse una forzosa monoparentalidad, cuando, admitiendo el contrato de gestación, aunque en régimen de excepción, podría el niño nacer al abrigo de una biparentalidad que la propia ley intenta consolidar y dar preferencia.

11 – En la legislación española cabe la posibilidad de determinación de doble filiación materna en el caso de mujer homosexual casada. Se percibe el carácter liberal y apoyo en un principio de igualdad de la legislación española, que proporciona la oportunidad a todos los tipos de parejas, sin tener en cuenta su orientación sexual – fruto de una legislación más permisiva.

Con todo, el legislador español al permitir esta equiparación de las esposas a las parejas heterosexuales en materia de filiación, abrió otra cuestión: si se permite el recurso a nuevas técnicas entre dos esposas para donación de ovocitos,



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

posibilitando por esta vía la filiación (designadamente la donación de ovovitos a la fecundación y posterior transferencia para la otra cónyuge), ¿también se deberá permitir la situación equivalente para dos hombres unidos por vínculo del matrimonio?

Pensamos que si, al abrigo del principio de la igualdad (artículo 14 CE), aunque esta cuestión suscite otras problemáticas de índole social y psicológico sobre el desarrollo de la personalidad del niño y de su derecho de integrarse en una familia con madre y padre distintos. Evidentemente que la única vía posible para esa “donación” sería a través de la maternidad de sustitución (aunque éste no ha sido el propósito de nuestro trabajo).

12 - El modelo californiano parece el más apropiado. Reconoce el contrato de gestación, pero no le atribuye un carácter automático. Debe existir un contrato que debe ser validado por una autoridad jurisdiccional que apreciará, en cada caso concreto, si se cumplen los requisitos para que ese proyecto parental proceda y se concrete.

13 - Pretendemos armonizar las normativas vigentes en la Península Ibérica haciendo una propuesta legislativa sobre la



materia, teniendo en cuenta las realidades sociales latentes en cada uno de los países y respetando las respectivas identidades culturales. Es evidente que los trabajos legislativos deben acoger soluciones adecuadas, en busca de una coherencia normativa que responda a una sociedad en constante mutación. Así hemos propuesto la siguiente redacción:

Gestación por sustitución/ ou Gestaçã por Outrém

- 1. Será nulo el contrato, por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, si no está homologado por el tribunal.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada según la verdad biológica, pero atendiendo a las circunstancias concretas.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme las reglas generales.*
- 4. El contrato homologado por el tribunal deberá especificar la madre gestante, así como la eventual compensación o remuneración.*
- 5. Las partes pueden determinar el contenido del contrato, teniendo en cuenta los límites de autonomía privada y libertad contractual.*



*Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la
Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*

Dicha búsqueda de la perfección es alcanzable, efectivamente, pero con un empeño de uniformización, en la medida del posible, evidentemente a través del diálogo y de compromisos de las partes comprendidas en este mundo global en crisis.

