

**DESARROLLO DE UN
MODELO DE GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN
O *SURROGACY*
EN EL MARCO
DE LA JURISDICCIÓN**

María José Cabezudo Bajo



COMARES

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

DESARROLLO DE UN MODELO
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
O *SURROGACY* EN EL MARCO
DE LA JURISDICCION

GRANADA, 2021

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

© María José Cabezudo Bajo

© Editorial Comares, 2021

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tfno.: 958 465 382

www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com

facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-9045-732-0 • Depósito legal: Gr. 1312/2021

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES

*Dedicado a Carlota, a Javier y a mis padres, Modesta y Amando.
De vuestro esfuerzo nace este libro.*

SUMARIO

ABREVIATURAS	XI
INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS	XIII

CAPÍTULO I JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y OBJETIVOS	1
1. Punto de partida: la gestación por sustitución como TRHA	2
A) <i>Razones que apoyan la contextualización de la GS como una TRHA</i>	3
B) <i>Efectos de la consideración de la GS como TRHA</i>	10
2. Líneas esenciales de la regulación de la gestación por sustitución en el Derecho comparado.	13
3. Regulación española de la gestación por sustitución: el establecimiento de la filiación mediante sentencia.	19
A) <i>Regulación de la gestación por sustitución nacional.</i>	21
B) <i>Regulación de la gestación por sustitución transfronteriza</i>	25
II. IDENTIFICACION DE PROBLEMAS	29
III. HIPÓTESIS DE PARTIDA	35
IV. METODOLOGÍA	37

CAPÍTULO II PROPUESTA DE UN MODELO TEÓRICO DE *SURROGACY* JURÍDICAMENTE SEGURO

I. EL DERECHO COMPARADO «DE REFERENCIA» COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA.	40
1. Derecho comparado frente a la Ética	40
2. Derecho comparado «de referencia»	43
II. SIGNIFICADO DE NUESTRO MODELO TEÓRICO DE <i>SURROGACY</i> Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES.	46
1. Concepto.	47
2. Elementos esenciales	48
A) <i>Surrogacy en el marco de la Jurisdicción</i>	49
B) <i>Concepto amplio de IPs y su evaluación psicológica previa</i>	51
C) <i>Idoneidad de la mujer gestante y probabilidad de éxito de la TRHA</i>	56
D) <i>Consentimiento informado de la mujer gestante.</i>	62
E) <i>Distinción entre entidades realizadoras y entidades facilitadoras de la surrogacy y, en su caso, de la donación</i>	62
a) <i>Justificación</i>	63

b)	<i>La «realización» de la surrogacy y, en su caso, de la donación de gametos o embriones en centros y servicios sanitarios y por personal sanitario</i>	65
c)	<i>La «facilitación» de la surrogacy y, en su caso, de la donación de gametos y embriones en empresas privadas o agencias y por personal no sanitario</i>	66
1.	<i>Recepción y aceptación de las solicitudes de los candidatos a mujer gestante y donante</i>	67
2.	<i>Tratamiento del perfil de la mujer gestante y de los donantes en sus bases de datos y el matching libre, personal y recíproco</i>	68
3.	<i>Gestión de la posterior relación entre los IPs y la mujer gestante</i>	71
F)	<i>Carácter contractual de la surrogacy</i>	72
G)	<i>Imposible revocación de la filiación acordada en el contrato de surrogacy</i>	76
H)	<i>Surrogacy compensada económicamente.</i>	78
I)	<i>Carácter contractual de la donación eventual de gametos: libertad en el anonimato y elección personal de los IPs.</i>	83
J)	<i>Filiación mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor</i>	86
K)	<i>Procedimiento judicial no contradictorio</i>	89
L)	<i>Filiación por naturaleza en favor de los IPs</i>	91
M)	<i>Interés superior del menor: confidencialidad y transmisión de sus orígenes.</i>	93
III.	ORDENAMIENTOS JURÍDICOS «DE REFERENCIA» SUSTENTADORES DEL MODELO TEÓRICO PROPUESTO . . .	95
1.	<i>Proximidad del Surrogacy Law de California y Nevada con nuestro modelo teórico jurídicamente seguro</i>	95
2.	<i>Aplicación exitosa del Surrogacy Law previsto en los estados de California y Nevada . . .</i>	97

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL CALIFORNIA SURROGACY LAW

I.	PLANTEAMIENTO.	104
II.	CALIFORNIA SURROGACY LAW	104
1.	<i>California Family Code</i>	106
2.	<i>California Case-Law.</i>	106
3.	<i>Práctica de Tribunales en Primera Instancia: Tribunales Superiores de Justicia de California .</i>	109
III.	SUJETOS INTERVINIENTES EN UN PROCESO DE SURROGACY	111
1.	Sujetos que necesariamente intervienen	111
A)	Principales sujetos	111
a)	<i>Padres de intención (Intended Parents)</i>	111
b)	<i>Mujer gestante (Surrogate)</i>	113
B)	Otros sujetos necesarios	115
a)	<i>Facilitadores de la subrogación y de los donantes (Surrogacy and Donors Facilitators)</i>	115
a´)	<i>Tipos de facilitadores o agencias</i>	115
b´)	<i>Funciones de los facilitadores de la subrogación</i>	117
1´.	<i>Fase pre-matching</i>	117
2´.	<i>Fase del matching.</i>	118
3´.	<i>Fase post-matching.</i>	119
b)	<i>Abogados</i>	121
2.	Sujetos eventuales: donantes (Donors)	121
IV.	CONTRATOS NECESARIOS EN UN PROCESO DE SURROGACY	122
1.	Acuerdos de gestión de fondos.	122
2.	Contratos con los abogados y la clínica de reproducción asistida	124
3.	Contrato de reproducción asistida para la portadora gestacional (Assisted Reproduction Agreement for Gestational Carrier)	124
A)	Requisitos objetivos	124

B) <i>Requisitos formales</i>	128
C) <i>Requisito temporal</i>	128
V. PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE FILIACIÓN	129
1. Naturaleza del procedimiento: filiación por naturaleza y previa al nacimiento del niño . .	129
2. Órgano competente	131
3. Partes: legitimación y asistencia letrada	132
4. Solicitud y documentos que la acompañan	133
5. Sin vista	134
6. Sentencia	135
7. Privacidad del proceso y de la documentación	136
VI. RECAPITULACIÓN FINAL	136

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS DEL *NEVADA SURROGACY LAW*

I. PLANTEAMIENTO	140
II. <i>NEVADA SURROGACY LAW</i>	140
III. SUJETOS INTERVINIENTES EN UN PROCESO DE <i>SURROGACY</i>	142
1. Sujetos que necesariamente intervienen	142
A) <i>Principales sujetos intervinientes</i>	142
a) <i>Padres de intención (Intended Parents)</i>	143
b) <i>Mujer gestante (Gestational Carrier)</i>	147
B) <i>Otros sujetos necesarios</i>	150
a) <i>Facilitadores de la subrogación y de la donación (Surrogacy and Donors Facilitators)</i>	150
b) <i>Abogados</i>	151
2. Sujetos eventuales: donantes (<i>Donors</i>)	152
IV. CONTRATOS NECESARIOS EN UN PROCESO DE <i>SURROGACY</i>	154
1. Contrato gestacional (<i>Gestational Agreement</i>)	155
A) <i>Concepto, condiciones y requerimientos</i>	155
a) <i>Condiciones</i>	155
b) <i>Requerimientos</i>	158
a) <i>Objetivos</i>	158
b) <i>Formales</i>	161
c) <i>Temporales</i>	162
B) <i>Eficacia</i>	162
C) <i>Validez e incumplimiento</i>	166
2. Contratos con los abogados y con la clínica de reproducción asistida	169
V. PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE FILIACIÓN	169
1. Naturaleza del procedimiento: filiación por naturaleza y previa al nacimiento del niño . .	169
2. Órgano competente	171
3. Partes: legitimación y asistencia letrada	172
4. Solicitud y documentos que la acompañan	173
5. Sin vista	173
6. Sentencia	173
7. Privacidad del proceso y de la documentación	174
VI. RECAPITULACIÓN FINAL	175
CONCLUSIONES Y LÍNEAS DE TRABAJO FUTURAS	177
BIBLIOGRAFÍA	181

ABREVIATURAS

ART	Assisted Reproductive Technology
ASRM	American Society for Reproductive Medicine
BFS	British Fertility Society
CC-L	California Case-law
CDC	Center for Disease Control and Prevention
CFC	California Family Code
CSC	California Superior Courts
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ESHRE	European Society of Human Reproduction and Embryology
FCSRCA	The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act
FIV	Fecundación in vitro
GS	Gestación por Sustitución
IAs	Inseminaciones artificiales
<i>IP</i>	Intended Parent
<i>IPs</i>	Intended Parents
LBR	Live Birth Rate
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
NSR	Nevada Revised Statutes
<i>PBO</i>	Pre-Birth Order
PI	Padre de Intención
PIs	Padres de Intención
PtBO	Post Birth-Order
SEF	Sociedad Española de Fertilidad
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
TSC	Tribunales Superiores de California

INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS

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

Nos hemos focalizado en la gestación por sustitución porque algunos ordenamientos jurídicos nacionales no la han autorizado o, si lo han hecho, han previsto una normativa que, o bien no garantiza el respeto de los derechos y obligaciones exigibles para las principales partes implicadas, como son, el menor, la mujer gestante y el padre o padres de intención, o bien no establece un adecuado equilibrio entre tales derechos y obligaciones. Ello, desde nuestro punto de vista, suscita el problema consistente en que se discrimina injustificadamente y desde un punto de vista jurídico a aquellos sectores de la sociedad cuyos problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural no se resolverán si no se regula un modelo de gestación por sustitución jurídicamente seguro como TRHA.

Este problema se ve acrecentado, en última instancia, por el hecho de que cada Estado regula las TRHA de acuerdo a sus políticas legislativas. Ciertamente, esta diversidad legal es, en principio, positiva porque ha generado un fenómeno cada vez más frecuente que puede denominarse *cross-border surrogacy*. Esta modalidad de gestación por sustitución transnacional implica que los ciudadanos de aquellos Estados en los que la regulación de la gestación por sustitución no les resulta favorable, porque o bien no está autorizada en ningún caso, o bien porque dicha regulación no cumple con sus expectativas, se trasladan a otro Estado donde pueden llevar a cabo un proceso de *surrogacy* con plenas garantías. Sin embargo, a largo plazo, contribuye al surgimiento de nuevos problemas. En primer lugar, los *IPs* se verán abocados a trasladarse a otros países y tener que afrontar los inconvenientes, de toda índole, que ello conlleva. En segundo término, los padres intencionales, tras el nacimiento, tendrán que iniciar, o bien en el Estado de destino donde se ha aplicado la TRHA y ha nacido el niño, o bien en su Estado de

residencia o de origen, un procedimiento para lograr la eficacia extraterritorial de la resolución judicial o administrativa de filiación dictada en el Estado de origen, con la inseguridad jurídica que ello puede generar a las tres principales partes intervinientes.

Así pues, el principal problema identificado, que será objeto de análisis en nuestro trabajo, es el trato discriminatorio que sufren aquellos individuos que tienen problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural y no cuentan en sus respectivos Estados nacionales con una regulación de la *surrogacy* que pudiera eliminar dicha desigualdad de trato y, en última instancia, la inseguridad jurídica que implica.

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

Nuestro trabajo pretende ser una contribución al logro de este objetivo individual y social como es el respeto y la promoción de la diversidad familiar. Por ello, este estudio tiene como principal objetivo, en consonancia con el problema planteado, el desarrollo de un modelo teórico de *surrogacy* jurídicamente seguro que pudiera tomarse en cuenta por el legislador de aquellos Estados que no autorizan la GS o, autorizándola, no lo hacen a través de una regulación que otorgue la suficiente seguridad jurídica a los ciudadanos que necesitan acudir a ella para formar su familia.

Efectivamente, nuestra hipótesis de partida en este trabajo es que sería posible resolver el problema planteado con la regulación de un modelo de *surrogacy* jurídicamente seguro lo que significaría que cumpliera con las siguientes tres condiciones. El primer requisito es que asegure el respeto de los derechos y obligaciones de las principales partes implicadas, como son, el menor, la mujer gestante y los padres de intención. La segunda circunstancia es que garantice un adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones de todas ellas. Pero de nada serviría que este modelo teórico asegurase un proceso de GS con las máximas garantías para las tres partes principalmente implicadas si le está vedado el acceso a la GS como TRHA a un sujeto con problemas de infertilidad y/o de esterilidad estructural tales que pudieran solucionarse y, con ello, formar su familia si pudiera utilizar la GS como TRHA. Por ello, una tercera condición, que es previa de las otras dos, es que este sistema teórico de GS que proponemos asegure el acceso a esta TRHA a cualquier sujeto que tenga problemas de infertilidad y/o esterilidad estructural y que pudieran solucionarse si fuera usuario de la GS.

Con el fin de ir avanzando hacia la solución del problema planteado, hemos establecido la metodología que utilizaremos para ir analizando y resolviendo tal problema identificado y, en consecuencia, alcanzar el objetivo que perseguimos con este trabajo. Dicho método implicará el desarrollo de tres actuaciones.

En un primer momento, estableceremos el estado de la cuestión para delimitar el punto a partir del cual avanzaremos hacia la solución del problema planteado

En segundo término, efectuaremos una propuesta de modelo teórico jurídicamente seguro, conforme al Derecho comparado «de referencia», en virtud del cual definiremos y estableceremos los trece elementos esenciales que conforman el modelo que propondremos.

Finalmente, la tercera tarea que realizaremos consistirá en avalar el modelo teórico que proponemos en este trabajo con los dos ordenamientos jurídicos «de referencia» que hemos elegido para ello. Dichos Derechos nacionales «de referencia» que sustentan el modelo teórico que desarrollaremos son el *Surrogacy Law* previsto en los Estados de California y Nevada.

Por ello, el resultado esperado es que este modelo pueda ser susceptible de ser utilizado por cualquier legislador nacional, como puede ser el español, habida cuenta que la gestación por sustitución como TRHA no está autorizada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Por ello, este trabajo pretende también servir de base a trabajos futuros donde podamos, de un lado, analizar la compatibilidad de nuestro modelo teórico con el Derecho español; y, de otro, efectuar propuestas legislativas de regulación y, en su caso, de reforma que sirvan para autorizar y regular la GS en el ordenamiento jurídico español y conseguir un *Surrogacy Law* español que ofrezca la mayor seguridad jurídica posible, en el marco de la Jurisdicción, a las principales partes intervinientes en un proceso de *surrogacy* como son el niño resultante como consecuencia de la aplicación de esta TRHA, la mujer gestante y el *IP* o los *IPs*.

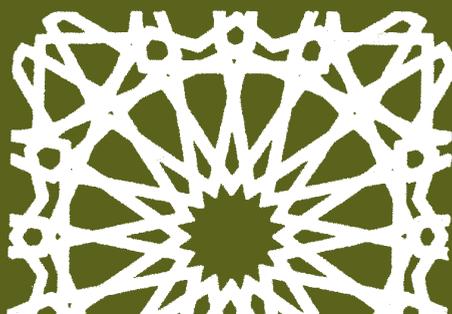
Para terminar con este apartado introductorio, quiero formular diversos agradecimientos.

En primer lugar al IMI-ENS, Instituto Mixto de Investigación-Escuela Nacional de Sanidad, por la financiación recibida en el marco del proyecto de investigación titulado «Avances en la regulación española sobre la gestación por sustitución conforme al Derecho comparado» – IMIENS 2019-004 cuyos Investigadores Principales son María José Cabezudo Bajo y José María Antequera Vinagre.

Asimismo, a los miembros del Grupo de Investigación TECRED – Tecnologías reproductivas y Derecho, adscrito al citado IMI-ENS y creado en 2017 y, especialmente, a uno de sus integrantes, David Gonzalez Gerpe, psicólogo especialista en Reproducción Humana Asistida y miembro del Comité Permanente del Grupo de Interés en Psicología de la SEF. Han sido frecuentes los intercambios de posiciones y conocimiento que hemos mantenido en relación con los elementos que integran este modelo teórico propuesto. Todas ellas han resultado ser valiosas aportaciones que han contribuido extraordinariamente a su desarrollo. En especial, quiero destacar su interés en que tomara en consideración a las familias con uno o ambos progenitores transgénero, su acertada insistencia en sustituir la expresión «revelación» de los orígenes al menor por el de «transmisión» de los orígenes al menor» y, en general, su visión sobre la libertad en el

anonimato de los donantes, el respeto a la libertad de la mujer gestante y los requisitos de que han de cumplir los *IPs*.

Finalmente, a Olga Felan-Dils, jurista y experta en *surrogacy* en el Estado de California, por su contribución al desarrollo de mi investigación en general y, en particular, en relación con el estudio del California *Surrogacy Law*; y, asimismo y especialmente, a Andrew W. Vorzimer, jurista, experto en *surrogacy* y padre de la *California Surrogacy Law* por toda la información que me ha facilitado y las discusiones mantenidas.



ISBN 978-84-9045-732-0



9 788490 457320