

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

*María Martín Ayala*  
*Jefa de Servicio Jurídico*  
*Consejería de Hacienda y AAPP*  
*Junta de Comunidades de Castilla La Mancha*

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos sexuales y reproductivos. 3. Acerca de la titularidad de los derechos reproductivos. 4. Técnicas de reproducción humana asistida. La gestación por sustitución. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.**

## RESUMEN

La presente comunicación plantea el reconocimiento jurídico de un verdadero derecho a la reproducción, la libertad de su ejercicio y en ocasiones de su prestación, y sobre a quién debe corresponder su titularidad. Asimismo se lleva a cabo una ligera aproximación a la figura de la gestación por sustitución.

## PALABRAS CLAVE

Reproducción, técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución, maternidad, paternidad, familia.

## ABSTRACT

The purpose of this communication is to identify a real reproduction right, the freedom of its exercise and sometimes benefit, but especially to identify its ownership. In addition, we make a little approach about the figure of surrogate motherhood.

## KEYWORDS

Reproduction, techniques of assisted human reproduction, surrogate motherhood, maternity, paternity, family.

## 1. INTRODUCCIÓN

En línea con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), podríamos interpretar que el derecho a la reproducción en que se basan las técnicas de reproducción humana asistida tiene respaldo constitucional por encontrarse involucrados valores y derechos de la personalidad así como derechos fundamentales como la intimidad personal, la prohibición de discriminación o el derecho a fundar una familia.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no incluye entre las mismas la gestación por sustitución, al considerarse 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.

En la presente comunicación igualmente se analiza si el Estado y sus leyes deberían tutelar el derecho de los padres de intención o comitentes cuando concurren los controles y garantías necesarias que acrediten

la plena autonomía de la mujer gestante a la hora de prestar su consentimiento. Asimismo nos hacemos las siguientes cuestiones: ¿El reconocimiento de un derecho a la maternidad reservado únicamente a las mujeres por su realidad biológica no resulta contrario al principio de igualdad? ¿Podría equipararse la gestación por sustitución a la donación de gametos y por lo tanto a una técnica de reproducción asistida más?, ¿Podemos diferenciar un derecho a la reproducción de un derecho al **ejercicio** de la maternidad/paternidad?, ¿Por libre autonomía se debe entender la libre disponibilidad del propio cuerpo?

## 2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Generalmente no encontramos en los ordenamientos jurídicos un reconocimiento expreso del derecho a ser madre o padre. La Constitución Española de 1978, si recoge expresamente en su artículo 39.2 la protección a las madres<sup>1</sup>, así como existen disposiciones jurídicas que protegen determinados aspectos de la maternidad y de la paternidad, ya sea en su formulación positiva o negativa en la medida en que se considera de interés general su regulación: en la legislación laboral -permisos de maternidad y paternidad-, en la regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo<sup>2</sup>, en la regulación sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>3</sup>...

Más allá de estos aspectos, en el que la maternidad y la paternidad se reflejan en el ámbito de lo público, en el resto de sus expresiones permanece en la esfera privada de las personas al amparo de derechos con la intimidad personal, la prohibición de

discriminación o el derecho a fundar una familia que si encuentran su reflejo, directa o indirectamente, en la propia Constitución (artículo 18, artículo 14, artículo 39...) <sup>4</sup>

Eso mismo se comprueba si atendemos a lo dispuesto en el inicio del preámbulo de la ya citada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LOIVE)<sup>5</sup>. En el ámbito internacional, sin embargo, si encontramos formulaciones que incluyen los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos más allá del ámbito interno de la persona. Así por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1993 y la Conferencia Mundial sobre la mujer de Pekín de 1995, que definen los derechos sexuales y reproductivos como reconocimiento a todas las **parejas e individuos** a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las **parejas y los individuos** deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia (...) <sup>6</sup>.

1 Constitución Española. Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 39.2: "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad."

2 Preámbulo (II) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: "La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada."

3 Artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: "Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual."

4 IGAREDA GONZÁLEZ, N., "El hipotético derecho a la Reproducción", CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 23, 2011 y pág. 252 y ss.

5 Que establece: "El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información."

6 Documento de Naciones Unidas A/CONF.177/20/Rev.1. Punto 95. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20>

Si bien los regímenes jurídicos nacionales no pueden desconocer los elementos normativos que proceden directamente del derecho internacional de obligado cumplimiento para cualquier operador jurídico, ya sea legislativo o judicial (art.10.2 Constitución Española<sup>7</sup>), lo cierto es que la legislación nacional que regula los derechos reproductivos parece estar más preocupada delimitar y acotar el ejercicio de los mismos que dar contenido a los derechos en sí. Un ejemplo de ello es el preámbulo de la LOIVE que, como se ha dicho, menciona los derechos sexuales y reproductivos derivados de otros derechos fundamentales pero posteriormente no los desarrolla en su articulado.

Sin embargo, en palabras de DE BARBIERI<sup>8</sup>, estos documentos son válidos como generadores de nuevos derechos, y funcionan como fuente de inspiración de los gobiernos y las fuerzas políticas para cambiar las legislaciones o llenar vacíos legales, en el diseño y puesta en práctica de políticas públicas, y jueces y tribunales pueden hacer uso de ellos cuando el texto de la ley no es claro o no se ajusta al o los casos sujetos a juicio, además de que las organizaciones civiles y políticas y la ciudadanía pueden basarse en los mismos para fundamentar el derecho de petición en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de reconocer que el derecho a la reproducción o a la procreación, como la posibilidad de tener hijos, y por lo tanto como valor, es digno de tutela en nuestra sociedad, y ello se refleja en la amplia atención recibida por parte de la doctrina.

Así por ejemplo, gran parte de la misma afirma la existencia de un derecho a la reproducción como base de la legitimidad de las técnicas de reproducción humana asistida. Otros lo entienden como derivado de la existencia de un derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 de la Constitución), como derecho frente a la esterilidad, como derecho-deseo de tener hijos, como derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 17.1 de la Constitución como derecho a decidir libremente sobre su propia reproducción), como derecho a la intimidad... En esta

[full%20report%20S.pdf](#) Consultado el día 5 de junio de 2018.

7 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

8 DE BARBIERI, T., “Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos”, Revista mexicana de Sociología, núm.1, vol.62, enero-marzo de 2000, pág.45-59.

línea GÓMEZ SÁNCHEZ<sup>9</sup>, fundamenta en primer lugar la existencia de un derecho a la reproducción en nuestro ordenamiento jurídico derivado del derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución, el derecho a la libertad entendido como “*derecho-autonomía que, en un principio postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal*”.

En otras ocasiones se justifica por la existencia de un derecho a fundar una familia, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución al incorporar en nuestro ordenamiento el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>10</sup>. Pero, a nuestro juicio, asociar el reproducirse a fundar una familia produciría un concepto de familia reducido a aquellas unidas por lazos biológicos y ello no se corresponde con la realidad legal dado que nuestro ordenamiento jurídico admite familias cuyos hijos son adoptados o fruto de una donación de gametos<sup>11</sup>. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en Odièvre vs Francia (2003) afirmó que un simple vínculo biológico, en ausencia de una íntima, real y personal relación, no es suficiente para fundamentar la existencia de una vida familiar en el sentido de lo que el artículo 8 que el Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza<sup>12</sup>.

De este modo, en la línea de la doctrina jurisprudencial del TEDH<sup>13</sup>, podríamos interpretar que el

9 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 45

10 Artículo 12. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. [www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/](http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/)

11 Definición de familia en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: 1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. Hijos o descendencia. <http://dle.rae.es/?id=HZnZiow>

12 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950. Artículo 8: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

13 Sentencia del TEDH de 28 de agosto de 2012, nº 54270/2010, ante la decisión de la Corte Italiana al acceso de una pareja a una técnica de reproducción humana asistida afir-

derecho a la reproducción en que se basan las técnicas de reproducción humana asistida tiene respaldo constitucional por encontrarse involucrados valores y derechos de la personalidad así como derechos fundamentales como la intimidad personal o la prohibición de discriminación.

Pero si bien ello demuestra la necesidad del reconocimiento de este derecho, se ha puesto de manifiesto la indefinición de los elementos subjetivos y materiales que configuran el mismo, dada la pluralidad de fórmulas o modelos jurídicos de familia que responden a una realidad sociocultural que se encuentra en permanente estado de evolución<sup>14</sup>.

### 3. ACERCA DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Consideramos importante advertir la relevancia de la titularidad de los derechos, pues, tal como analizaremos en momentos posteriores, su distinción respecto de bienes jurídicos protegidos puede eliminar los conflictos en la regulación sobre los derechos reproductivos.

Desde un punto de vista biológico, la procreación consiste en la combinación de material genético de la mujer y un hombre mediante una relación sexual y posterior gestación del embrión y feto hasta nacimiento de un nuevo ser humano. Cualquier mujer u hombre puede participar en dicha relación, limitándose únicamente a la mujer la posibilidad de gestar dicha, gestación que, no olvidemos, es el presupuesto básico para el nacimiento de una nueva vida<sup>15</sup>.

Desde este punto de vista estamos de acuerdo en que la procreación encuentra respaldo jurídico como derecho a la libertad bien se ubique en el libre

---

ma que “esta prohibición constituye una injerencia en el derecho de los requirentes al respeto a la vida privada y familiar”.

14 En palabras de MONTALVO JÄÄSKELAINEN, citando la STC 45/1989 de 20 de febrero, FJ 4, “*hasta la fecha el artículo 39 CE no ha dado lugar a un modelo constitucional de familia, lo que no impide determinar que en el artículo 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen*”. MONTALVO JÄÄSKELAINEN F. “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, Derecho y Salud, Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017, págs. 26 y ss.

15 Al menos por ahora, pues actualmente, en determinados foros científicos se habla del futuro desarrollo de la ectogénesis: desarrollar un feto fuera del cuerpo humano, en un útero artificial. [https://www.vice.com/es\\_co/article/yv7kzj/llegaron-los-teros-artificiales-su-polmica-tambin11](https://www.vice.com/es_co/article/yv7kzj/llegaron-los-teros-artificiales-su-polmica-tambin11)

desarrollo de la personalidad o en el derecho a la intimidad, tal y como afirma PANTALEÓN PRIETO<sup>16</sup>, sin embargo, como aptitud natural, no basta con querer ejercer dicho derecho y que el Estado interfiera lo menos posible en su ejercicio, sino que ha de poder ejercerse, y ello se encuentra al alcance exclusivo de una mujer gestante, pues es el único ser dotado biológicamente de dicha facultad.

Así, si bien nuestra Constitución acoge en su artículo 39 expresamente la protección de la maternidad como principio rector de la política social y económica, el debate sobre el necesario reconocimiento de un derecho a la maternidad como derecho fundamental apenas ha tenido acogida entre los juristas y ello es así, porque según nuestra manera de ver, si se hablara de un derecho o no a la maternidad, implícitamente estaríamos discutiendo sobre un derecho cuyos titulares, debido a su realidad biológica, solo pueden ser las mujeres. Para determinados sectores doctrinales<sup>17</sup>, la construcción de cualquier derecho jurídicamente protegido cuya titularidad podría llegar a ser interpretada de un único sexo atentaría contra el principio de igualdad y contra el concepto de ciudadanía presuntamente neutral de nuestro Estado de derecho.

Por este motivo, los derechos reproductivos, tal y como hemos ido señalando en párrafos anteriores, aparecen enunciados en los distintos textos bajo una titularidad compartida o a favor de un titular difuso (personas, parejas, individuos...). Este hecho resulta paradójico, y de hecho, muchos autores como GONZÁLEZ MORENO<sup>18</sup> han defendido la tesis de que dichos derechos deberían ser enunciados como específicos de las mujeres, ya que son derechos basados en su realidad biológica y necesidades específicas. Sin embargo para autores como GARCÍA MANRIQUE<sup>19</sup>, no hay derechos específicos de las mujeres porque los derechos humanos ya son universales.

---

16 PANTALEÓN PRIETO, F. “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, Revista del centro de estudios Constitucionales, núm.15, 1993, pág.129-160 y en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 55.

17 RUIZ RICO-RUIZ, G. “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada.” UNED. Revista de Derecho Político N°99, mayo-agosto 2017, págs. 49-78.

18 GONZÁLEZ MORENO, J.M. La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico. Editorial Trabe. Barcelona, 2017.

19 GARCÍA MANRIQUE, R. Derechos humanos e injusticias cotidianas. Universidad del Externado de Colombia. 2004, págs. 20-25.

Afirma sin embargo que lo que sí habría serían necesidades específicas que requieren determinadas especificaciones en su protección por parte del Derecho. En este sentido, defender la existencia de unos derechos específicos requiere diferenciarlos de la categoría genérica de “universales”, y ello sobre todo con el objeto de otorgar mayor protección o valoración jurídica a las diferencias de las mujeres.

A este respecto FERRAJOLI<sup>20</sup>, afirma que este hecho se inscribiría en lo que denomina “la homologación jurídica de las diferencias”, en donde se parte de un marco jurídico general y abstracto para todos (“derecho a la igualdad de trato”) dejando aparte la realidad social en que se encuentran los sujetos, ignorándose por tanto las diferencias entre los mismos en nombre de una defensa abstracta a la igualdad.

Pero esta circunstancia, con la que comulgamos, no es fortuita. No se puede negar que la condición reproductiva de la mujer ha condicionado históricamente su existencia siendo objeto de políticas discriminatorias y coactivas; y sin embargo la maternidad ha sido y es ampliamente reconocida y protegida en los textos jurídicos, sobre todo en aras de sancionar las prácticas limitativas de nacimientos, la prohibición de la esterilización forzosa y de todas aquellas conductas que afectan a la procreación, entre las que se encuentra la interrupción del embarazo, así como la consolidación del estatuto jurídico del embrión, hechos que demuestran un claro paternalismo en el diseño de estas políticas.

La mujer como sujeto biológico con capacidad para reproducirse debería ser la titular indiscutible de los derechos reproductivos ostentando el derecho a la salud reproductiva, al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, a la planificación familiar, en determinados casos, a la interrupción voluntaria del embarazo... El papel de la mujer en este ámbito no es comparable a las experiencias reproductivas del hombre a lo largo de su existencia, donde el ejercicio de su libertad y la responsabilidad de su actos no pueden equipararse a la realidad femenina. No podemos obviar, que, en el ámbito reproductivo, las diferentes situaciones (embarazo, aborto, técnicas de reproducción humana asistida...) tienen sin duda, mayores implicaciones para las mujeres y no sólo por las diferencias biológicas respecto a los hombres, sino también a nivel social, cultural, médico, psicológico... en cuya raíz se encuentra la desigualdad estructural

entre sexos, especificidades todas ellas que debieran traducirse a nivel normativo.

Lo vemos igualmente si lo analizamos desde el plano de la autonomía: un hombre, por sí solo, no puede decidir ser padre sin el consentimiento de una mujer; pero una mujer puede decidir ser madre, aún con la falta de consentimiento del hombre. Y en contrapartida vemos que un hombre puede ser padre y eludir su responsabilidad como ocurre desgraciadamente en infinidad de ocasiones, debido a que, a falta de una prueba de paternidad no puede comprobarse el hecho de la misma; y, sin embargo, el parto determina la filiación hacia la madre, de modo que, una mujer, salvo abandono o fallecimiento, no puede renunciar a su maternidad.

La Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, dispuso que “los derechos humanos de **las mujeres** incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia”.

Otras normas internas nacionales también han reconocido esta autonomía exclusiva de las mujeres. Así el preámbulo de la LOIVE afirma: “*La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada (...)*” y el Artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “*Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.*”

Igualmente el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se regula la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, aunque no se refiere claramente a sus destinatarias, se refiere a los servicios cubiertos por la sanidad pública, entre los que se encuentran los tratamientos de reproducción humana asistida cuya finalidad sea la de ayudar a lograr la **gestación** en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. Para lo cual

<sup>20</sup> FERRAJOLI.L. Derechos y garantías. La Ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 1999, págs.73-76

se exige la existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo; así como la ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos<sup>21</sup>.

De este modo, teniendo en cuenta lo afirmado anteriormente, no podemos basarnos en el derecho a la igualdad para defender este derecho a la reproducción por parte de varones solos o parejas de varones, puesto que no podemos equiparar la aptitud natural para la procreación con la imposibilidad biológica de la reproducción que nada tienen que ver con la orientación sexual de la persona.

Desde nuestro punto de vista, es en la escisión entre el derecho a la reproducción y al ejercicio del derecho a la maternidad/paternidad donde se hallan las confusiones, en la mayor parte de las ocasiones, con sesgos de intencionalidad, pues, como se ha dicho, la confusión entre la titularidad de los derechos es a menudo la pauta de actuación para determinadas tendencias ideológicas.

Tal y como hemos defendido, a nuestro juicio, es el derecho a la reproducción el que está constreñido biológicamente, debiéndose circunscribir su titularidad a los únicos seres biológicos que pueden reproducirse: las mujeres, no siendo así al ejercicio de la maternidad/paternidad que diferenciamos del derecho a la procreación, ya que exige el previo nacimiento de un hijo.

Efectivamente, el ejercicio de la maternidad/paternidad presenta una dimensión biológica indudable, pues como se ha dicho en nuestro ordenamiento la maternidad viene asociada al parto, pero no se agota con ella -como en el caso de la adopción- pues es también un fenómeno social cuya acogida jurídica no siempre coincide con este-tal y como veremos en el análisis de la gestación por sustitución-.

---

21 Estas exigencias impiden que mujeres solas o lesbianas puedan acceder a estas prestaciones, lo cual parece resulta contradictorio con el ya mentado artículo 6 de la LTRHA donde se afirma que la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. A este respecto recordar que la ministra de Educación y Formación Profesional y portavoz del Gobierno, Isabel Celáa, ha anunciado que el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social modificará la Cartera de Servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (SNS) para reincorporar la financiación pública de tratamientos de reproducción asistida para mujeres solas y lesbianas. [https://www.abc.es/internacional/abci-sanidad-recupera-reproduccion-asistida-para-solteras-y-lesbianas-201807061600\\_video.html](https://www.abc.es/internacional/abci-sanidad-recupera-reproduccion-asistida-para-solteras-y-lesbianas-201807061600_video.html)

En este sentido interpretamos que el derecho al ejercicio de la maternidad/paternidad como un hipotético derecho de titularidad individual que hemos de considerar aplicable tanto a hombres como a mujeres. Si consultamos el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española comprobamos que la primera acepción de maternidad es “estado o cualidad de madre” y de paternidad “cualidad de padre”. Equiparar el deseo de tener hijos, el cuidado de los mismos y responsabilidades que ello conlleva a algo reservado únicamente a las mujeres es propio de sociedades basadas en modelos patriarcales. Si bien no negamos la existencia del llamado instinto maternal basado en estas razones biológicas y hormonales, lo cierto es que igualmente consideramos que el deseo ejercer la maternidad/paternidad es un fenómeno natural y cultural y no siempre biológico, de lo que concluimos que el derecho al ejercicio de la maternidad/paternidad ha de poder ejercerse por igual por parte de ambos sexos, ya sea de manera compartida, en pareja o de forma individual, atendiendo a las circunstancias vitales del individuo y los diferentes modelos de familia aceptados.

Asimismo la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, reconoce el derecho de los niños a una familia que le proporcione las condiciones de vida necesarias para su desarrollo<sup>22</sup>. En este sentido la familia se enraiza en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto. La familia implica la existencia de relaciones de paternidad, maternidad y filiación que están presentes en todas las sociedades actuales y en todas las sociedades conocidas.

Consideramos que nuestro ordenamiento jurídico respalda este argumento. De hecho se permite el ejercicio de la paternidad a través de la adopción de menores por parte de hombres solos o parejas homosexuales masculinas, sin olvidar que en numerosos casos de divorcios de parejas, fallecimiento, privación de patria potestad, es el hombre con carácter exclusivo el que ejerce la guarda y custodia de los hijos y por lo tanto los deberes que ello conlleva. Sin embargo es cierto que en la práctica, tanto en la adopción como en otras circunstancias es más complicado cuando se es varón, y más si se es homosexual,

---

22 Si bien la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 hace continua referencia al papel de ambos progenitores en su conjunto, pues es obvio que es el modelo de familia que defienden las sociedades occidentales al otorgar mayor cobertura y protección al menor, lo cierto es que el nacido en nuestro país, a venir determinada la filiación por el parto, tiene una madre cierta, y sin embargo, el padre puede ser desconocido

por el estigma social que esta orientación sexual aún persiste en ciertos sectores sociales. Por este motivo muchos hombres, para poder aspirar al ejercicio de la paternidad, acuden al recurso de la gestación por sustitución fuera de nuestro país.

#### 4. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El artículo 2.1 de la LTRHA recoge las técnicas de reproducción asistida admitidas por el legislador entre las que distinguimos: la inseminación artificial, la fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y la transferencia intratubárica de gametos. La aplicación de cualquier otra técnica requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Cuando concurre una imposibilidad biológica, ésta puede tener su origen en la infertilidad del hombre<sup>23</sup> o en problemas asociados a la ovulación de la mujer, en cuyo caso, a través de la reproducción asistida, se acude a la donación de esperma u óvulos, respectivamente. En el caso de mujeres solas o parejas formadas por dos mujeres, que acceden a la transferencia de gametos, tal y como se ha dicho, se establece una ficción, como si no hubiera más que un engendrante, esto es obviando la participación del otro, ya que el donante permanece en el anonimato<sup>24</sup>, por lo que la procreación se entiende con quien es receptora de la técnica.

23 En este caso, la paternidad biológica del donante se sustituye por la jurídica del marido, de acuerdo con a la presunción del artículo 116 del Código Civil, o pareja masculina de la madre.

24 El artículo 5.5 de la LTRHA establece que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

Sin embargo, tal y como se decía anteriormente, un hombre necesariamente debe acudir a la adopción para ejercer la paternidad, pues las técnicas que permiten reemplazar la filiación biológica por una jurídica vienen condicionadas por la gestación y por ello, se hallan al alcance exclusivo de la mujer gestante o sujetas a la participación de una gestante. Lo mismo ocurre con una mujer que no puede gestar, pues la donación de óvulo no atribuye la condición de madre. Es por ello que la gestación por sustitución se presenta justamente como la alternativa a la adopción para el hombre que pretende ejercer su paternidad -con o sin pareja masculina- o la mujer que no puede o quiere gestar.

En el presente trabajo no queremos abordar el debate de la maternidad subrogada desde una perspectiva general<sup>25</sup>, sino que, partiendo de la demanda suscitada entre algunos sectores con el fin de que se

25 En este contexto el Comité de Bioética de España, órgano colegiado independiente de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, publicó el 17 de mayo de 2017 un informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la gestación por sustitución, elaborado a iniciativa del propio Comité, dada la preocupación que suscitaba a sus miembros el debate presente en la opinión pública -por el hecho, entre otros motivos, de que algunos personajes célebres de nuestro país hubieran recurrido a ella- y en algunas instituciones sobre la conveniencia de regular o, al menos, dotar de legalidad, a los contratos de gestación por sustitución. Como se pone de manifiesto en el propio informe, son dos los principales problemas jurídicos que se plantean: el primero, como comentábamos con anterioridad, es que es una práctica contraria a la ley nacional y, sin embargo, muchos españoles consiguen ser padres recurriendo a ella en otros países donde es legal. El otro problema es que de la práctica de la maternidad subrogada nace una nueva vida por cuyo interés el derecho tiene que velar y, entre otras cosas, reconocerle una filiación legal, ya que, como se ha dicho, el artículo 10.2 de la LTRHA establece claramente que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. La conclusión de dicho informe, con algún voto particular, fue determinar que dicha práctica suponía la mercantilización de los menores y no aseguraba la dignidad de la madre gestante frente a eventuales riegos de explotación. Si bien, no se trata aquí de hacer una exposición exhaustiva de la situación legal, en términos de filiación, de los niños fruto de maternidad subrogada, hemos de señalar que, tras varios pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, así como varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entró en vigor el 30 de junio de 2017, supuso la práctica legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional hecho por españoles en los países donde se encuentra legalmente aceptado. Ello es así porque pueden acceder al Registro Civil en nuestro país las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes de los estados de origen donde sí se contemplan este tipo de práctica, lo que se traduce en el reconocimiento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución realizado en país extranjero, siempre que se verifiquen diversos extremos entre los que se alude a que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

incluya ésta técnica como una técnica de reproducción humana asistida más<sup>26</sup>, si cabe plantearse tal posibilidad, igual que ha ocurrido en otros países como en nuestro país vecino, Portugal<sup>27</sup>.

En este país se reguló la gestación por sustitución a través de la Ley 25/2016 de 22 de agosto, donde solo se permite su utilización a mujeres sin útero o que tuvieran alguna dolencia que les impida quedarse embarazadas, únicamente reservada a parejas heterosexuales y con expresa prohibición de compensación económica<sup>28</sup>.

En este punto podríamos plantearnos que si la gestación por sustitución, se entendiera asimilada a una mera donación de gametos, al margen de la implicación contractual que ello supone, podríamos quizás entenderla incluida entre las técnicas de reproducción admitidas por la ley. Para muchos, en el fondo se trata de la misma operación clínica que la donación de óvulos, pero en este caso la mujer dona su “capacidad gestacional”<sup>29</sup>.

Sin embargo el derecho ha regulado los dos fenómenos de forma muy distinta, porque si bien la mayoría de los ordenamientos europeos, entre los que se encuentra España, admiten la donación de óvulos, restringen e incluso condenan, la práctica de la gestación por sustitución. Efectivamente, el artículo 10 de

la LTRHA, que tiene por rúbrica “gestación por sustitución”, dispone en su apartado primero que: “*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*”, y en su apartado segundo que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

Teniendo en cuenta estas premisas legales, si el padre/madre de intención o comitente no ha aportado su material biológico, no tendrá ningún vínculo con el nacido, por lo que en estos casos, para el establecimiento de la filiación deberá estarse a la figura que lo permite, que no es otra que la adopción. Ciertamente, si la filiación se desvinculara del parto, quizás el legislador, y al margen de otras implicaciones, se planteara la aceptación de esta técnica como de reproducción asistida basándose en el caso de una mujer soltera receptora de una ovodonación cuyo vínculo genético con el nacido tampoco existe.

Sin embargo, para empezar, si tal y como se ha expuesto en párrafos anteriores consideramos titular del derecho a la reproducción a la mujer gestante, toda vez que únicamente las mujeres mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar pueden ser receptoras o usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida, **siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa**, no es plausible hablar de la gestación por sustitución como una técnica más porque el elemento subjetivo se desplaza a los padres comitentes que son los que desean ejercer de padres del menor nacido a través de estas técnicas. Quién da a luz es la titular del derecho reproductivo y no los padres comitentes o de intención, al margen de que estas personas puedan ser titulares del derecho a ejercer una maternidad o paternidad en relación a un menor ya nacido bajo las diferentes formas jurídicas aceptadas por el derecho.

Retrotrayéndonos al momento anterior, comprobamos que aun en el caso en que el ordenamiento se planteara regular ésta práctica y facilitar esta alternativa, lo cierto es que tendría que aplicarse con carácter previo una técnica de reproducción humana asistida, pues a la futura mujer gestante habría que inseminarle con material genético fruto de una combinación de un espermatozoide y un óvulo que pudiera ser o no propio. Para ello, tal y como se ha dicho, debe haber prestado su consentimiento escrito con carácter previo a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

26 En 2016 este debate se suscitó en la Asamblea de Madrid donde se debatió una propuesta no de ley instando al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar, a su vez, al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantizara los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción. Dicha iniciativa no salió adelante porque, si bien contó con los votos a favor de PP y Ciudadanos, recibió el voto en contra de PSOE y Podemos.

27 -VELA SÁNCHEZ, A. J. “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal .A propósito del Reglamento Portugués número 6/2017, de 31 de julio” Diario La Ley, Nº 9091, Sección Doctrina, 29 de Noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

28 El Tribunal Constitucional de Portugal anula en abril de 2018 varios puntos de la norma que legaliza el uso de vientres de alquiler a las mujeres estériles, al criticar que:

1-No exista la posibilidad de que la gestante se arrepienta, lo que impide “el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad”.

2-”Indeterminación excesiva” de la ley en los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían ser excesivas.

3-El anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides y de la gestante para el futuro bebé, que ha considerado que impone “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad” de las personas nacidas por gestación subrogada.

29 <http://www.sonnuestroshijos.com/ideario/>

De modo que podríamos concluir que, si la mujer en este punto ejerce su derecho de autonomía plena, y accede a ser receptora de esta TRHA, estaría en su derecho a llevarla a cabo de manera aislada, pero no en el contexto de un contrato de gestación por sustitución que está prohibido en nuestro ordenamiento al entrañar compromisos respecto a las partes que van más allá de sus derechos a la libre disponibilidad del propio cuerpo<sup>30</sup> y a la libertad de pactos entre las partes contratantes.

Más allá del argumento de la cosificación de la mujer que va en contra de su propia dignidad pero que puede resultar una justificación con sesgos intervencionistas y paternalistas (pues igualmente existe una cosificación en la donación de órganos, o desde nuestro punto de vista en la generación de embriones...), por razones de lógica jurídica se ha de otorgar mayor importancia al argumento de la validez del propio consentimiento de la mujer para llevar a cabo esta práctica, y ello es así porque en caso del contrato de gestación por sustitución no existe certeza acerca de la libertad en su formación y emisión. En primer lugar porque en la mayoría de los casos las mujeres que se prestan a ésta práctica suele coincidir que se encuentran en situaciones económicas, sociales y psicológicas muy precarias, y en segundo lugar, cuando se argumenta el altruismo como única motivación de la gestante suele coincidir con la existencia de vínculos familiares o de amistad y ello puede generar ciertas servidumbres emocionales a la posible gestante que alteren la supuesta libertad de su decisión, por no hablar de la alteración de los roles biológicos que implica<sup>31</sup>.

Tal y como ha declarado en la Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional Portugués en relación a la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 25/2016 de 22 de agosto que regula el acceso a la gestación por sustitución en dicho país<sup>32</sup>, en las actuales condiciones de la norma, la mujer gestante

30 Pero es preciso ser cautos al hablar del “cuerpo” como si se tratase de un elemento diferenciado dentro del “ser” de una persona, pues tal y como afirma Fernando Savater (2000) “no tenemos un cuerpo, somos un cuerpo”, o dicho de otro modo, somos una unidad de modo que no cabe escindir el cuerpo del resto de nuestro ser. En este sentido no cabe equiparar la defensa de la autonomía reproductiva de la mujer con la disponibilidad sobre su propio cuerpo, puesto que este hecho configura a la mujer como objeto.

31 MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, Derecho y salud, vol. 27, n.º extra 1, 2017, p.46

32 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

no es consciente de todas las implicaciones que el convenio gestacional conlleva en el momento de la firma del contrato<sup>33</sup>, en primer lugar porque existe una indeterminación excesiva en los límites que se imponen a las partes, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que suelen ser excesivas<sup>34</sup>, además las compensaciones por los gastos en que se incurre en el embarazo suelen encubrir retribuciones no permitidas... y por encima de todo no existe posibilidad de que la gestante se arrepienta de su decisión.<sup>35</sup>

Asimismo tampoco puede reducirse el debate en la existencia o no de la libre voluntad y consentimiento de la gestante, puesto que la misma está tomando decisiones sobre otro bien jurídico protegido, que es la vida del *nasciturus* que hasta su nacimiento depende de las decisiones de ésta, pero excede al ejercicio de su libre disponibilidad del propio cuerpo puesto que trasciende al cuerpo del futuro nacido, a sus derechos y a las responsabilidades sobre el mismo.

Dicho esto parece obvio que ser el objeto de un contrato mercantil<sup>36</sup> va en contra de la dignidad

33 El Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada se refiere a este respecto al: “*El profundo impacto del embarazo sobre la arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad. Varios estudios sobre lo que ocurre en el cerebro al ver u oír al hijo pequeño en diversas circunstancias ha puesto de manifiesto que el cerebro social materno es un cerebro motivado, naturalmente indulgente, empático y expectante a las necesidades del niño. Preparado a lo largo del proceso biológico natural del embarazo para responder a las consignas básicas que recibe del feto*”.

34 Como se apunta en el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: “*Cuando la gestación se hace para otros, y sobre todo si el niño ya es de otros antes del parto, el riesgo de conflicto entre gestante y comitentes es muy elevado. La jornada de trabajo que desarrolla la gestante, sus hábitos de vida o su dieta, su tratamiento ante enfermedades que pueda padecer, serán evaluados por los comitentes, e incluso pretenderán ser exigidos. Puesto que el hijo es de ellos, querrán hacer valer su condición de padres sobre la gestante. Alegarán que se comprometió a gestar para ellos y que ellos son quienes deben decidir acerca del mejor interés del niño. Más allá de que consigan o no doblegar la voluntad de la gestante, se producirá en todo caso una intromisión inaceptable en su vida privada*”.

35 En el ámbito de nuestro país este hecho sería contrario con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación pues su artículo 8.5 dispone: “El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

36 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “Gestación por sustitución: regular o prohibir”. Contenido de jornada de derecho de familia. Universidad Miguel Hernández de Elche, 20/10/2017.

de una persona que no ha tenido opción de decidir. En nuestro país el Código Civil (artículo 154, 170, 172...) articula la institución de la maternidad y la paternidad dirigida primordialmente a la protección del menor, la cual es “irrenunciable” e “imprescriptible”. Asimismo el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides y **de la gestante** para el futuro bebé también ha sido censurado por el Constitucional, que ha considerado que impone “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad” de las personas nacidas por gestación subrogada, lo que les impide indagar sobre su origen biológico.

Por último y en relación a los padres de intención o comitentes, ésta práctica tiene su fundamento en una mera relación contractual de modo que no es ni jurídicamente ni éticamente admisible que se conciba a un niño como el objeto de un contrato, lo que hace comprensible que una vez suscrito a la gestante le surjan dudas y pretenda resolver el mismo. Efectivamente, tal y como afirma el Tribunal Constitucional Portugués en su Sentencia 228/2018 *“En efecto, hay evidencia científica suficiente de que ésta no queda indiferente a lo que le sucede cuando está embarazada, viviendo el embarazo como suyo y sufriendo con el abandono del niño, circunstancias que hacen comprensibles, y fuertemente posibles, situaciones como: gestantes que cambian de ideas y quieren asumir la maternidad; gestantes que quieren abortar; o gestantes que quieren, más tarde, conocer u obtener informaciones sobre el niño.”*

## 5. CONCLUSIÓN

Como planteábamos en el primer epígrafe de este trabajo, cuando abordamos el derecho a la reproducción en nuestro sistema legal de protección social no es desde una categoría jurídica de derechos, sino que se hace desde derechos como el del libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, derecho a fundar una familia o la igualdad que constituyen derechos fundamentales en la Constitución Española, si bien sus manifestaciones como vimos tienen igualmente acogida en los diversos Tratados Internacionales.

De modo que si concluimos que el derecho a procrear, efectivamente se integra en el contenido de lo dispuesto en el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás...”* como fundamentos del orden político y de

la paz social, su calificación adecuada es la de derecho de configuración legal en el marco del principio rector de la política social y económica que se recoge en el artículo 39.1 CE como medida orientada a posibilitar la formación de familias a través del ejercicio de la maternidad y paternidad.

Expuesto lo anterior, cabe rechazar que dicho derecho tenga encaje en el derecho a la igualdad (artículo 14 CE), al existir una diferencia sustancial entre la procreación (aunque sea auxiliada para vencer una dificultad) y el acceso a la maternidad/paternidad en caso de imposibilidad, sea fisiológica, sea volitiva.

Sin embargo defendemos la existencia de otro derecho derivado del anterior pero que admite un estudio separado. El derecho al ejercicio de la maternidad/paternidad, una vez ocurrido el nacimiento. En este caso, este derecho podríamos ubicarlo en la expresión de autodeterminación personal que se ha advertido en el derecho a la intimidad. En este sentido GÓMEZ SÁNCHEZ asocia a la intimidad la privacidad *“que ha de permitir al sujeto tomar autónomamente y sin injerencias las decisiones que afectan a su esfera de la intimidad personal y familiar”*<sup>37</sup>.

De este modo, en la medida en que las personas que pretenden acceder al ejercicio de su maternidad/paternidad adoptan decisiones que atañen a su vida personal, podría considerarse restrictivo de su derecho a desenvolverse libremente en esa esfera personal que se constriñera el acceso a técnicas ofertadas (reproducción humana asistida) o al concierto con terceros (gestación por sustitución).

Pero la virtualidad de este derecho estaría muy limitada, ya que esas decisiones, lejos de restringirse al plano personal del que adopta la decisión afectan a derechos o bienes constitucionalmente protegidos: la gestante, el nasciturus...o intereses de gran relevancia para el Estado como puede ser la institución familiar.

En este sentido, no podemos considerar la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción humana asistida, pues si bien éstas técnicas son necesarias para llevarla a cabo, lo cierto es que confluyen muchos más elementos a tener en cuenta, que va más allá de la disponibilidad sobre el propio cuerpo de las mujeres y su derecho a la integridad, a los que se apela cuando las decisiones afectan únicamente a las personas que las toman. De modo que en

37 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 53.

ningún caso sería equiparable a una mera donación de gametos, aunque concurra el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de la mujer gestante puesto que, la verdadera usuaria de esta técnica es una mujer que dará a luz a un niño del que será madre biológica.

En la línea de lo establecido por el TEDH, en el caso *Frette vs Francia* de 26 de febrero de 2002, no se trata de dar al niño a una familia sino una familia a un niño, y esto es lo que ocurre en la adopción, institución que se articula por el fracaso de la paternidad determinada con anterioridad, institución, que a todas luces necesita que se agilice, se desburocratice, y se promueva tanto para el beneficio de los menores, como para aquellos que sin esta posibilidad no podrán ejercer lo que hemos venido a denominar su derecho a la maternidad-paternidad.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho Español y comparado*, Thomsom Aranzadi, Pamplona, 2003.
- DE BARBIERI, T., “Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos”, *Revista mexicana de Sociología*, núm.1, vol.62, enero-marzo de 2000, pág.45-59.
- GARCÍA MANRIQUE, R. *Derechos humanos e injusticias cotidianas*. Universidad del Externado de Colombia. 2004.
- GARCÍA MANRIQUE, R. “Las mujeres como titulares de derechos específicos. Concepto y fundamento de los derechos de la mujer”, resumen de su ponencia en el Curso “Género y Derechos Humanos”, organizado por el movimiento Manuela Ramos, Lima, enero-febrero de 2000.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “Gestación por sustitución: regular o prohibir”. Contenido de jornada de derecho de familia. Universidad Miguel Hernández de Elche, 20/10/2017.
- GONZÁLEZ MORENO, J.M. *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*. Editorial Tra-be. Barcelona, 2017.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, págs.73-76.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., “El hipotético derecho a la Reproducción”, *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011 y pág. 252 y ss.
- MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución”, *Derecho y salud*, vol. 26, núm. 1, 2016, pág.192-202.
- MONTALVO JÄÄSKELAINEN F. “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *Derecho y Salud*, Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017, págs. 26 y ss.
- LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M.T. “Autonomía y salud reproductiva”, *Revista Dilemata*, núm.17, 2015.
- PANTALEON PRIETO, F. “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del centro de estudios Constitucionales*, núm.15, 1993, pág.129-160
- RUIZ RICO-RUIZ, G. “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada.” UNED. *Revista de Derecho Político* N°99, mayo-agosto 2017, págs. 49-78.
- SAVATER, F. *Ética para Amador*. Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento Portugués número 6/2017, de 31 de julio” *Diario La Ley*, N° 9091, Sección Doctrina, 29 de Noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.