

La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España

Noelia Igareda González¹

Recibido: 01-06-2020 / Aceptado: 07-10-2020

Resumen. La gestación por sustitución está permitida y regulada en el Reino Unido desde 1985. Aunque inicialmente la legislación estaba más orientada a desincentivar dicha práctica y a proteger a los menores involucrados, la experiencia de todos estos años ha sido positiva, e incluso se encuentran inmersos en un debate social y legal para reformar la ley, para cambiar y mejorar aquellos aspectos que han quedado obsoletos, o que han demostrado constituir un obstáculo para formar una familia y reconocer una nueva forma de filiación. Igualmente, el Reino Unido ha sido capaz durante todos estos años de producir suficiente evidencia empírica sobre el bienestar emocional de los niños/as concebidos mediante gestación por sustitución, sobre las satisfactorias relaciones paternofiliales y familiares en general de estas familias, así como de las razones altruistas de las gestantes que se prestan a gestar a estos bebés para otras parejas. Por lo tanto, en la actual discusión legal, social y ética en España, sería interesante estudiar y tomar nota de la experiencia británica en gestación por sustitución, país con el que compartimos mayores similitudes sociales, culturales y hasta normativas en materia de reproducción asistida que con otros países o contextos sociales.

Palabras clave: gestación por sustitución; Reino Unido; altruismo; modelo altruista; reforma legal.

[en] Surrogacy in the United Kingdom: an opportunity for the debate on its regulation in Spain

Abstract. Surrogacy has been allowed and regulated in the United Kingdom since 1985. Although initially the legislation was more oriented towards discouraging this practice and protecting the minors involved, the experience of all these years has been positive, and they are even immersed in a social and legal debate to reform the law, and change and improve those aspects that have become obsolete, or that have been shown to be an obstacle in this way to form a family and recognize a new form of filiation. Likewise, the United Kingdom has been able during all these years to produce sufficient empirical evidence on the emotional well-being of children conceived by surrogacy, on the satisfactory parental and family relations in general of these families, as well as on the altruistic reasons of the gestating women. Therefore, in the current legal, social and ethical discussion in Spain, it would be interesting to study and take note of the British experience in surrogacy, a country with which we share greater social, cultural and even normative similarities in terms of assisted reproduction, than other countries or social contexts.

Keywords: surrogacy; United Kingdom; altruism; altruistic model; legal reform.

Sumario. 1. Introducción. 2. La actual legislación sobre gestación por sustitución en el Reino Unido. 3. La realidad de la gestación por sustitución en la sociedad británica. 4. Propuestas de reforma. 5. ¿Un ejemplo a seguir? 6. Bibliografía.

¹ Universitat Autònoma de Barcelona (España) E-mail: Noelia.Igareda@uab.cat

Cómo citar: Igarada González, N. (2020). La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España, *Política y Sociedad*, 57(3), 887-901.

1. Introducción

La gestación por sustitución no está permitida en el ordenamiento jurídico español, aunque existe un número creciente de personas y parejas que viajan a otros países donde la gestación por sustitución es legal. Sin embargo, una vez que regresan, se suscitan numerosos problemas legales sobre la inscripción de ese niño/a en el Registro Civil, el reconocimiento de la filiación y la nacionalidad².

Más allá de los problemas de derecho positivo que esta dimensión de la atención reproductiva transfronteriza, o también llamado turismo reproductivo³ representa, existe una fuerte división social y doctrinal sobre la pertinencia o no de una regulación de la gestación por sustitución en España. Además de iniciativas legislativas (ILP presentada por la Asociación Son Nuestros Hijos⁴) y propuestas de ley (proposición de ley reguladora del derecho a la gestación subrogada, Grupo Parlamentario de Ciudadanos, 16 de julio 2019), que proponen diferentes fórmulas jurídicas para admitir y regular la gestación por sustitución, también existe una fuerte corriente de opinión política y doctrinal, que se opone a cualquier regulación sobre la gestación por sustitución.

El debate tiene una fuerte relación con la definición de derechos fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico español, como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1. CE), la igualdad (art. 14 CE), la vida humana, la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE). Para algunos autores/as (Gómez Sánchez, 1994; Igarada, 2011; Robertson, 1994; Dworkin, 1994), la admisión de la gestación por sustitución está relacionada con un derecho a la reproducción, que no aparece de manera explícita en la Constitución (a diferencia de algunos países, donde el derecho a la reproducción aparece de manera explícita, como es el caso del art. 5.1. de la Constitución griega, o la sección 12.2. de la Constitución sudafricana), pero puede interpretarse que deriva de otros derechos fundamentales como la integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal y familiar, interpretados desde los valores de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Presno y Jiménez, 2014). En cambio, existe otro sector doctrinal (Salazar, 2017; Marrades, 2017; de Miguel, 2015 entre otros/as) que precisamente considera que la admisión y regulación de la gestación por sustitución supondría una vulneración de estos derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del hijo/a así concebido.

² Problemas que han sido analizados extensamente por iusprivatistas, entre otros Farnós Amorós, 2020; Pérez Marina, 2010; Lamm, 2020.

³ Utilizamos el término turismo reproductivo a lo largo de este texto porque es la denominación más común de este fenómeno, pero no porque consideremos que posea una connotación negativa. Se utiliza para denominar el flujo de personas desde sus países de origen a terceros países para acceder a técnicas de reproducción humana asistida que en sus países de origen son ilegales, o existen largas listas de espera. Existen sin embargo algunos autores que han criticado las connotaciones negativas de este término, y prefieren hablar de salud reproductiva transfronteriza (*cross-border reproductive care*) (Pennings *et al.*, 2008).

⁴ Disponible en: <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> (consultada el 30.04.2020)

El debate de la gestación por sustitución y su vulneración o no de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos no encuentra una solución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Aunque han sido numerosos los casos de gestación por sustitución que han llegado al TEDH⁵, este no se ha pronunciado nunca sobre la legitimidad o no de este fenómeno, pero reconoce un margen de apreciación nacional al respecto, como hace en cuestiones que suscitan una fuerte controversia ética (Farnós, 2016). Sin embargo, en los casos en los que las legislaciones estatales no admitían la gestación por sustitución, el TEDH ha llegado a considerar que la negativa al reconocimiento de la filiación y nacionalidad de estos niños/as concebidos mediante gestación por sustitución constituía una vulneración del derecho al respeto a una vida privada y familiar del art. 8 y de la prohibición de discriminación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Presno y Jiménez, 2014).

Existen otros países en Europa donde la gestación por sustitución de carácter altruista está permitida y regulada, como en el Reino Unido, Portugal y Grecia. En este artículo se examina la legislación, experiencia y propuestas de reforma del caso británico, no porque su *Bill of Rights* o su legislación específica sobre técnicas de reproducción humana asistida, o de gestación por sustitución, aludan a un derecho a la reproducción. La discusión legal sobre la gestación por sustitución en el Reino Unido está relacionada con la autonomía reproductiva de las personas, en conexión con algunos de los derechos humanos, como su derecho a la integridad física y moral (*right to bodily integrity*) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (*right to self determination*). El interés para nuestro sistema legal radica en las similitudes sociales, culturales y médicas en torno a cuestiones reproductivas, y a la larga trayectoria de la gestación por sustitución de carácter altruista en el Reino Unido, que permite contrastar algunos de los argumentos en contra esgrimidos en nuestro país con evidencia empírica.

La gestación por sustitución es generalmente considerada como una técnica de reproducción humana asistida, como es el caso del Reino Unido, que aunque cuenta con su propio instrumento legal (*Surrogacy Arrangements Act* de 1985), también está directamente regulada en la principal ley que regula las técnicas de reproducción humana asistida (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFE Act)*, reformada en 2008). La gestación por sustitución puede ser completa cuando la gestante no aporta su propio material genético y el bebé es concebido con material genético de los padres de intención, de uno de los padres de intención y un donante o de material genético de donantes. Es parcial cuando le gestante aporta su propio óvulo, y el semen es del padre de intención o de un donante. El hecho de que la gestante aporte su propio óvulo suele convertir la gestación por sustitución en algo más problemático desde el punto de vista ético. En el Reino Unido ambas formas de gestación por sustitución son admitidas, aunque en cualquier caso se exige que al menos uno de los padres de intención haya aportado su propio material genético⁶.

⁵ Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asunto nº 65192/11 *Mennesson c. Francia*, y asunto nº 65941/11, *Labassee c. Francia*, entre otras.

⁶ Las diferencias entre *straight surrogacy* (“parcial”) y *host surrogacy* (“completa”) que menciona el Department of Health and Social Care (2019): *The surrogacy pathway. Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, pp. 6 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/843890/Surrogacy_guidance_for_intended_parents_and_surrogates.pdf)

El presente artículo analiza la legislación sobre gestación por sustitución en el Reino Unido, y a continuación destaca algunos datos sobre la realidad de la gestación por sustitución en la sociedad inglesa, así como las propuestas de reforma de su legislación, para concluir que una futura legislación sobre gestación por sustitución en España podría aprovechar la experiencia legislativa del Reino Unido.

2. La actual legislación sobre gestación por sustitución en el Reino Unido

En el Reino Unido se regula la gestación por sustitución altruista desde la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, que incluyó las recomendaciones del Comité Warnock (1984)⁷. La Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana (1982-84) (conocido como Comité Warnock) elaboró un informe en el que se basó la primera ley británica sobre reproducción asistida⁸ (Informe Warnock).

El Comité Warnock tenía una visión muy negativa de la gestación por sustitución, y eran más las objeciones éticas que encontraba que los posibles beneficios de esta práctica. Por ejemplo, consideraban que si una de las partes acudía a los tribunales para ejecutar el contrato, los jueces nunca lo exigirían por ir en contra del orden público⁹. Sin embargo, el comité de expertos que elaboró el informe Warnock siempre rechazó la criminalización de la gestación por sustitución porque implicaría que los niños y niñas nacían de una mujer sospechosa de ser delincuente. En consecuencia, se recomendó un marco legal donde las agencias de gestación por sustitución fueran ilegales y se desincentivara en general los acuerdos de gestación por sustitución.

“No prevemos que esta legislación haga que los individuos que entren en acuerdos de gestación por sustitución subrogación sean susceptibles de enjuiciamiento penal, ya que nos preocupa evitar que los niños nazcan de madres estigmatizadas por criminales”¹⁰ (*Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology*) (HMSO: London, 1984, par. 8.19).

Por lo tanto, la *Surrogate Arrangements Act* de 1985 tenía dos objetivos muy dispares: por un lado, proteger a las mujeres y niños vulnerables, y, por otro lado, desincentivar la práctica de la gestación por sustitución (Horsey y Sheldon, 2012). Posteriormente la propia Lady Warnock, la filósofa que presidió el comité que elaboró el informe, expresó públicamente su cambio de opinión al respecto, y su equivocación al haber tenido una opinión tan negativa sobre la gestación por sustitución¹¹.

En 1990 la ley sobre gestación por sustitución fue modificada, y se incluyó un nuevo elemento también recomendado por el Informe Warnock: los acuerdos sobre gestación por sustitución no podían ser ejecutables. Además, se aprovechó la reforma legal para añadir una cuestión positiva: los padres de intención podían formalizar su relación filial a través del otorgamiento de una *parental order*, una orden parental en la que un juez de familia podía transferir la paternidad legal a los padres comiten-

⁷ Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Report (Cmnd 9314, HMSO, London 1984).

⁸ *Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFE Act)*, reformada en 2008.

⁹ *Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology* (HMSO: London, 1984, par. 8.5)

¹⁰ Traducción libre de la autora de: “We do not envisage that this legislation would render private persons entering into surrogacy arrangements liable to criminal prosecution, as we are anxious to avoid children being born to mothers subject to the taint of criminality”.

¹¹ <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jun/09/who-better-than-men-to-rule-on-delicate-subject-of-surrogacy-law-commission> [consulta: 4 de diciembre de 2019].

tes. De esta forma la gestación por sustitución se convertía en una forma rápida de “adopción” (Horsey y Sheldon, 2012).

Por lo tanto, actualmente la gestación por sustitución está admitida pero tal y como está regulada parece seguir estando “desaconsejada”, y ciertas disposiciones legales convierten esta forma de crear una familia en una opción complicada. La ley solo regula la gestación por sustitución de manera altruista, porque además la gestación por sustitución comercial puede incluso ser constitutiva de delito (Sec. 5.2. *Surrogacy Arrangements Act*, 1985). Las compensaciones económicas entre los padres comitentes y la gestante no son ilegales, aunque debe ser la autoridad judicial quien supervise que se trata realmente de una compensación, y no de un pago. Los acuerdos no son ejecutables, por lo tanto, si una de las partes no cumpliera con los compromisos adoptados en el acuerdo de gestación por sustitución; en ese caso será el juez quien decida cuál es la solución más garantista del interés superior del menor¹².

No se permite como intermediarios entre los padres de intención y las mujeres gestantes a las agencias comerciales ni ningún tipo de publicidad, para asegurar el altruismo de los acuerdos y evitar cualquier tipo de lucro (Sec. 10.3 *Surrogacy Arrangements Act*, 1985). Solo existen organizaciones sin ánimo de lucro especializadas que ponen en contacto las gestantes con los padres de intención, y acompañan a ambas partes en todo el proceso. Estas ONG están reconocidas por el Departamento de Salud y Asuntos Sociales, y se recomienda a los futuros padres de intención y gestantes que lleven a cabo todo el proceso con ellas¹³.

La gestante es la madre legal (y su marido/pareja es el padre legal también en el momento del parto). En todo caso el padre biológico (el que ha aportado material genético) puede llegar a ser el padre legal (si la gestante está soltera). Posteriormente, y una vez ha nacido ya el bebé, los padres comitentes pueden obtener una orden parental por parte del juez en la que la paternidad legal pasa de la gestante a los padres de intención. En 2015, se reconoció la baja por maternidad de los padres comitentes (Horsey y Neofytou, 2015). La exigencia de solicitar la orden parental, y revisar que el acuerdo de gestación por sustitución cumple los requisitos legales una vez el bebé ya ha nacido, ha sido criticada por no velar por el interés superior del menor, que debería ser el principio rector de toda legislación sobre gestación por sustitución (Jackson, 2016).

Los requisitos y el proceso para solicitar y otorgar la orden parental han sido criticados por ser muy restrictivos y convertir todo el proceso en algo muy complicado:

1. La solicitud debe ser realizada por una pareja, donde al menos uno haya aportado material genético para concebir al bebé (ART. 54 (8) *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990). Las órdenes parentales solo se pueden otorgar si se demuestra vínculo genético con al menos uno de los padres comitentes. Por lo tanto, quedan fuera las parejas donde los dos son infértiles. Esto ha sido criticado porque la exigencia de vínculo genético no existe en otras formas de técnicas de reproducción asistida admitidas en la legislación inglesa, como una fertilización *in vitro* (FIV) con doble

¹² Sec. 5.1. *Surrogacy Arrangements Act*, 1985 (introducido por la *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990 (*HFE Act*)).

¹³ Department of Health and Social Care (2019): *The surrogacy pathway. Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales* (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/843890/Surrogacy_guidance_for_intended_parents_and_surrogates.pdf)

donación. De esta manera, no solo es discriminatorio para las parejas que no pueden aportar su propio material reproductivo, sino que podía considerarse una violación a la dignidad humana, a su libre desarrollo de la personalidad y un daño psicológico asociado a su infertilidad (Wade, 2017).

También fue objeto de crítica la exigencia de que los padres de intención deban ser una pareja, lo que resulta contradictorio con el acceso a otras técnicas de reproducción humana asistida; las leyes permiten a personas solteras o solas acceder a ellas (Horsey y Sheldon, 2012). En el caso Z (*In the Matter of Z (A Child)*) (No) (2016) EWHC 1191 (Fam), este requisito se consideró una violación para las personas solas del derecho al respeto de la vida privada y familiar contenido en los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Bremner, 2017). Por ello, se modificó en 2018 la legislación sobre reproducción humana asistida para contemplar la posibilidad de que una persona sola pudiera acceder a la gestación por sustitución (*The Human Fertilisation and Embryology Act, 2008 (Remedial) Order 2018*).

Además, en la legislación vigente no hay previsión alguna aplicable en el caso de que la pareja se separe durante el proceso de solicitud de la orden parental, o si uno de ellos fallece. Como tampoco hay previsión sobre qué pasaría si los padres de intención no solicitan la orden parental. Se presupone que el juez deberá decidir siguiendo únicamente el interés superior del menor.

2. La solicitud debe realizarse en un plazo determinado: desde las 6 semanas a los 6 primeros meses desde el nacimiento del bebé (Artículo 54(3) de la *Human Fertility and Embryology Act*). Igualmente, para poder otorgar la orden parental, el menor debe estar viviendo ya con sus padres comitentes, y en el caso de denegar la orden parental, implicaría ir en contra de los intereses del menor y hacer que abandonara su lugar de residencia.

3. Los padres de intención deben estar domiciliados en el Reino Unido, islas del Canal o isla de Man, y tener la nacionalidad británica o la residencia legal. Ambos solicitantes deben ser mayores de 18 años (artículo 54 HFE Act 2008).

4. El juez, antes de otorgar la orden parental se asegurará de que la gestante presta su consentimiento libre, informado e incondicional (y su marido o pareja) (*Article 54 HFE Act, 2008*). Existe la posibilidad de dispensa de este consentimiento si la gestante está ilocalizable o carece de capacidad legal para consentir llegado ese momento. Igualmente debe demostrarse ante el juez que no ha habido pago, más allá de compensaciones económicas razonable. El juez competente para todo ello será el juzgado de familia.

5. La solicitud de orden parental debe realizarse independientemente de donde haya nacido el bebé. Por lo tanto, en el caso de la gestación por sustitución realizada en otros países, se suman dificultades añadidas cuando los requisitos legales que exige la legislación inglesa difieren de los requisitos de las legislaciones sobre gestación por sustitución de otros países. Puede darse el caso de bebés que son biológicamente hijos/as de padres británicos, pero que se quedan sin filiación o sin nacionalidad (Horsey, 2015).

En Inglaterra y Gales, el nacimiento de un bebé debe ser registrado en 42 días. Dicho registro no recoge datos biológicos, sino la información legal. Dada la regulación de la gestación por sustitución, los padres biológicos aparecerán en el primer certificado de nacimiento del bebé. No obstante, existe un registro de órdenes parentales que depende también del Registro General, y por lo tanto, cuando ese niño

o niña alcance la edad de los 18 años, puede consultar sus orígenes biológicos en dicho registro. Esto en ocasiones también ha sido objeto de crítica, ya que representa ciertos problemas para la garantía del derecho de los niños/as así concebidos a conocer sus orígenes biológicos, y su derecho a la identidad, tal y como se recoge del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) de Naciones Unidas y el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta ha sido también la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en repetidas ocasiones, como por ejemplo en los casos *Mikulic c. Croacia* (N. 5317/99 de 2002) o *Odièvre c. Francia* (N. 42326/98 de 2003), entre otros. El problema es que para eso es necesario que sus padres le hayan informado de cómo ha sido concebido (Wade, 2017).

Cuando se reconozca la paternidad legal de los padres de intención, se emitirá un nuevo certificado de nacimiento que reemplazará al anterior, y los padres comitentes serán reconocidos como padres legales del menor (Stoll, 2013).

3. La realidad de la gestación por sustitución en la sociedad británica

La opinión de la sociedad británica respecto a la gestación por sustitución ha evolucionado hacia una postura más abierta y tolerante de esta forma de formar una familia, en consonancia con la propia evolución de sus expertos médicos y legales. Igualmente ha habido ciertos fenómenos, como la generalización de internet, que han hecho que compartir información sea mucho más fácil (Horsey *et al.*, 2018). Además, la movilidad de las personas se ha incrementado gracias a los vuelos más asequibles, lo que ha contribuido, en parte, a ese turismo reproductivo que en el caso de la gestación por sustitución juega un papel clave.

Sin embargo, dada la legislación más bien desalentadora de esta práctica, no existen datos oficiales de cuántos bebés han sido concebidos mediante la gestación por sustitución desde su regulación en 1985. Solo se pueden realizar estimaciones a partir de los datos que publican las entidades sin ánimo de lucro existentes en el país, que ponen en contacto y acompañan en el proceso de gestación por sustitución a las gestantes y a los padres de intención en territorio británico.

También, otra forma de calcular cuántos procesos de gestación por sustitución se han llevado a cabo es a través del número de órdenes parentales que se han concedido (aunque esta fórmula legal fue posterior a la legalización de la gestación por sustitución en 1985). Por ejemplo, se registraron 50 órdenes parentales en 2007, 75 en 2008 (2 por ciento de nacimientos en el extranjero), 79 en 2009 (4 por ciento del extranjero), 83 en 2010 (13 por ciento del extranjero) y 149 en 2011 (26 por ciento del extranjero)¹⁴. En 2016, 164 nacimientos en el Reino Unido y 147 en el extranjero. Actualmente se estima que una media de 189 bebés nacen al año gracias a la gestación por sustitución y que reciben las órdenes parentales. No hay manera de conocer cuántos no solicitan la orden parental (Horsey, 2015; Horsey *et al.*, 2018).

Aun así, no se sabe con precisión cuántos acuerdos de gestación por sustitución se han podido llevar a cabo entre particulares sin la intermediación de las ONG especializadas, o cuántos acuerdos de gestación no han llegado a solicitar la orden parental (con las consecuencias y problemas de filiación que esto puede acarrear), o

¹⁴ Fuente: General Record Office of England and Wales.

cuántos ciudadanos británicos han viajado al extranjero para acceder a la gestación por sustitución, aun cuando sea legal en el Reino Unido.

Las razones por las que los ciudadanos británicos siguen viajando a otros países para acceder a la gestación por sustitución a pesar de que está permitida en el Reino Unido son sobre todo porque no siempre los padres de intención cumplen los requisitos para poder solicitar posteriormente la orden parental (un padre o madre solo, o cuando ninguno de los dos puede otorgar material genético). También a veces se trata de desconocimiento de la legislación británica, o la creencia de que en otros países se ofrece mayor seguridad jurídica porque los contratos son ejecutables, o no se permite que la gestante pueda revocar su consentimiento una vez nacido el bebé (Jackson, 2016; Horsey, 2016).

Igualmente, esta evolución en la aceptación y generalización de la gestación por sustitución en el Reino Unido viene avalada por diferentes investigaciones (Golombok *et al.* 2017; Golombok *et al.*, 2006; Golombok *et al.* 2004; Jadva *et al.*, 2012) que evidencian la ausencia de consecuencias negativas en el desarrollo y bienestar emocional de los niños/as nacidos mediante gestación por sustitución, así como la ausencia de especiales dificultades en las relaciones paternofiliales en las familias formadas a partir de la gestación por sustitución. Estos estudios desmontan con evidencia empírica algunas de las objeciones y obstáculos éticos que tradicionalmente han recelado de la gestación por sustitución como una nueva forma de filiación.

Por ejemplo, la ausencia de vínculo gestacional no representa ningún obstáculo en la estabilidad emocional de estos niños/as, ni tampoco en las relaciones con sus padres llegada la edad de la adolescencia (Zadeh *et al.*, 2018). Tampoco la figura de una tercera persona (la gestante) constituye un elemento negativo en las relaciones paternofiliales; todo lo contrario. Estas investigaciones apuntan que seguramente la enorme complejidad del proceso de gestación por sustitución explica que los padres de intención eran sumamente conscientes de todos estos elementos, y que los niños/as concebidos de esta forma eran sumamente deseados (Golombok *et al.*, 2017).

También en el contexto anglosajón se cuenta con investigaciones que desmontan el recelo ético de que las gestantes sufren cuando entregan a los bebés a los padres de intención, o que se arrepienten en un número importante de casos. Las gestantes no quieren ser madres, ni quieren ser tratadas como ello. Tampoco hay evidencia de que exista un número importante de casos que se retracten y se nieguen a entregar a los bebés (Lamba *et al.*, 2018).

Además, en los casos de gestación por sustitución, los padres comunican siempre a sus hijos/as cómo han sido concebidos, a diferencia de otras formas de reproducción asistida, con lo que se garantiza el derecho de esos niños/as a conocer sus orígenes biológicos. En abril del 2005, se abolió en el Reino Unido el anonimato de los donantes, y todos los niños/as concebidos así tienen el derecho de conocer la identidad de sus donantes cuando alcancen los 18 años. De esa forma se garantiza el derecho a conocer los orígenes biológicos, dada la evidencia de las consecuencias negativas de esos secretos familiares en la identidad del individuo (Readings *et al.*, 2011).

Se calcula que casi la mitad de los acuerdos de gestación por sustitución son a través de las ONG especializadas, el 25 por ciento a través de grupos de apoyo, y el restante a través de amigos, familiares o internet (Horsey, 2015). Aproximadamente el 80 por ciento de las parejas que acuden a la gestación por sustitución son parejas

heterosexuales que no pueden concebir y/o gestar hijos/as, y el 20 por ciento parejas homosexuales de dos hombres (Horsey, 2015; Horsey *et al.*, 2018).

Más del 90 por ciento de las gestantes mantienen contacto con los bebés que han gestado para otras familias (Horsey, 2015; Horsey *et al.*, 2018), y se evidencia que la figura de la gestante es un referente afectivo positivo y presente en la vida de los niños/as concebidos mediante gestación por sustitución.

Las gestantes manifiestan que las razones por las que han accedido a gestar un bebé para otra pareja son el sentimiento de maternidad que han experimentado anteriormente y el deseo de que otras parejas puedan sentir lo mismo, tener embarazos y partos fáciles, haber conocido de cerca los problemas de fertilidad de familiares y amigos, o haber leído o visto la experiencia de la gestación por sustitución (Jadva *et al.*, 2003). La compensación media a la gestante está alrededor de los 11.000 euros, con lo cual también se demuestra que no se trata de un verdadero pago, y que la razón económica no es la motivación más importante de las gestantes para acceder a este proceso (Horsey, 2015).

4. Propuestas de reforma

La experiencia de todos estos años unida a los cambios sociales, demográficos y culturales (Poote *et al.*, 2009) han hecho que exista un importante consenso social y legal sobre la necesidad de reformar la legislación actual de gestación por sustitución en el Reino Unido (a título de ejemplo Horsey, 2015; Wade, 2017; Bremner, 2017; Jackson, 2016).

Prueba de ello es el actual proyecto de reforma de la ley sobre gestación por sustitución (*Surrogacy Law Reform*), que estuvo en periodo de consulta en la Comisión Legal que asiste en reformas legales al Parlamento británico¹⁵, y que se espera emitirá un informe final y una propuesta de ley a principios de 2022¹⁶.

Dicha propuesta de reforma legal se basa en estudios previos y análisis sociojurídicos sobre el impacto de la actual legislación sobre gestación por sustitución, y los problemas y obstáculos que las personas se encuentran en la aplicación de dicha normativa (Horsey, 2015 y Horsey, 2018, principalmente).

Una primera investigación constató que la regulación debería centrarse en el bienestar de los niños/as y las familias, y no tanto en desincentivar la práctica como hasta ahora (Horsey, 2015). La legislación sobre gestación por sustitución debía constituir una normativa sobre una relación en la que se reconocía una nueva forma de filiación y no una transacción.

Uno de los elementos que se constataron en estos análisis de la aplicación normativa era que la ausencia de datos oficiales representa un problema de transparencia y de seguridad jurídica.

Igualmente preocupaba constatar que, a pesar de que la gestación por sustitución está permitida, todavía un número importante de personas acude al extranjero para acceder a la gestación por sustitución.

¹⁵ “Building families through surrogacy: a new law”, Law Commission, Consultation paper 244 del 6 de junio de 2019. Disponible en: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxsou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-consultation-paper.pdf> [Consulta: 5 de mayo de 2020].

¹⁶ <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/> [Consulta: 5 de mayo de 2020].

Además, se identificó la necesidad de cambiar algunas disposiciones legales específicas, como por ejemplo, el poder reconocer la paternidad de los padres de intención de una manera más automática e inmediata nada más nacer el bebé, o suprimir el requisito de aporte de material genético de al menos uno de los padres de intención. También se hizo patente la necesidad de cambiar la normativa sobre publicidad y entidades que facilitan los acuerdos de gestación por sustitución, en el contexto de las normas que regulan las entidades sin ánimo de lucro en general.

Otra de las cuestiones que se ha evidenciado como un elemento que se debe revisar es la necesidad de una mayor regulación sobre la compensación económica a la gestante. La normativa debería especificar *a priori* qué conceptos pueden ser incluidos como “compensación razonable”, o los acuerdos de gestación deberían ser más detallados al respecto (Horsey y Sheldon, 2012).

Asimismo, se evidenció la necesidad de que las autoridades públicas involucradas (jueces/as, CAFCASS¹⁷, profesionales de la sanidad pública, etc.) reciban formación específica sobre gestación por sustitución, e incluso, la elaboración de protocolos de actuación para estos casos. También estos análisis proponen que en la reforma legal se incluya la gestación por sustitución dentro de la educación sexual y reproductiva en las escuelas (Horsey *et al.*, 2018).

Una de las principales novedades del proyecto de reforma legal de la gestación por sustitución sería el cambio en el procedimiento de transferencia de la paternidad que sería realizado en el momento del nacimiento del bebé, con un breve periodo de días de posibilidad de que la gestante revocara su consentimiento (de manera similar a la adopción).

5. ¿Un ejemplo a seguir?

El actual debate sobre la admisión o no de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español debería estudiar con detenimiento la experiencia británica y las actuales propuestas de reforma legal. Normalmente el debate ético y legal en nuestro país tiende a centrarse en los marcos legales y en los problemas que surgen en países lejanos donde la gestación por sustitución se permite de manera comercial (Estados Unidos, Ucrania o hasta hace poco India). Pero pocas veces el debate se detiene en las experiencias de otros países europeos, mucho más próximos cultural y legalmente de nosotros, como es el Reino Unido (Igarada, 2019).

Es interesante porque el Reino Unido admite únicamente la gestación por sustitución de carácter altruista, y nunca comercial. También su ejemplo resulta de especial interés porque cuenta con una importante trayectoria legal al respecto, ya que la primera ley sobre gestación por sustitución data del 1985. El balance que puede realizarse después de todos estos años no es desdeñable, y es a todas luces positivo, a pesar de que ellos mismos reconocen la necesidad de reformar su legislación para adaptarla a la nueva realidad social y para subsanar los errores y carencias de su ley (Horsey, 2015; Horsey *et al.*, 2018).

¹⁷ Los CAFCASS (Children and Family Court Advisory) es un organismo independiente que depende del Ministerio de Justicia, y que representa los intereses de los menores en cualquier juzgado de familia. En los casos de gestación por sustitución ayuda al juez/a a velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa, y en caso de duda, por la aplicación más garantista del interés del menor.

Igualmente, el modelo del Reino Unido es especialmente relevante en el caso español, porque en materia de técnicas de reproducción humana asistida, ambos países pueden ser considerados como pioneros a la hora de adoptar legislaciones sobre la materia, y además son de las más permisivas (en España su primera ley fue en 1988, y en el Reino Unido, en 1990) (Igarada, 2018).

España es uno de los países que constituyen el principal destino de turismo reproductivo de Europa, y en cambio, es uno de los más importantes países de origen de las parejas que viajan a otros países para acceder a la gestación por sustitución (principalmente Estados Unidos y Ucrania) (Ferraretti *et al.*, 2010). Hay una cierta actitud incoherente en ambos casos: preocupa el turismo reproductivo en una dirección (cuando ciudadanos españoles viajan al extranjero para cometer un fraude de ley), pero no en la otra dirección (cuando ciudadanos extranjeros, sobre todo europeos, vienen a nuestro país para beneficiarse de una de las legislaciones más permisivas en el mundo en materia de reproducción humana asistida, sin apenas listas de espera, y con un alto nivel sanitario) (Igarada, 2018).

España fue uno de los países con mayor número de adopciones internacionales del mundo, detrás de Estados Unidos, y a partir del 2011, se produjo un descenso en el número de adopciones internacionales¹⁸, un fenómeno paralelo al incremento de niños/as concebidos mediante gestación por sustitución en el extranjero de padres españoles. La crisis económica que afectó especialmente a España desde el 2007, el incremento en los años de espera en los procesos de adopción internacional y el aumento en las restricciones de los países originarios de los niños adoptados (principalmente Rusia y China) han sido los elementos destacados para explicar este descenso. No se sabe si el aumento de los bebés concebidos mediante gestación por sustitución es una consecuencia del descenso en las adopciones internacionales o un factor más que lo explica. Solo en las escasas investigaciones sobre padres de intención en España que han acudido a la gestación por sustitución en el extranjero, se identifica que una parte importante de ellos llega a la gestación por sustitución ante la imposibilidad de acudir a la adopción internacional. Esto ocurre en el caso de parejas de hombres, parejas donde uno de ellos ha tenido un problema grave de salud que lo hace no idóneo para la adopción internacional o cuando tienen una edad que les impide emprender un proceso de adopción internacional de larga duración (Morero, 2018; Álvarez Plaza *et al.*, 2019).

En todo caso, el actual debate sobre la gestación por sustitución en España podría inspirarse en el modelo y experiencia británica, que ha admitido la gestación por sustitución de carácter altruista, sin poder evidenciar que en todos estos años se hayan dado ninguno de los grandes problemas y obstáculos legales que hoy en día se esgrimen para su no aceptación y regulación en nuestro país (explotación de las mujeres gestantes, tráfico de niños/as, aumento de litigiosidad, atentado a la dignidad de las mujeres y niños/as y mercantilización del cuerpo humano) (Igarada, 2015). En cambio, el debate se ha intensificado, y existen posturas totalmente enfrentadas dentro del movimiento feminista y LGTBIQ, y los partidos políticos (Rodríguez-Jaume *et al.*, 2019).

Igualmente, abogar por un modelo similar al británico estaría en consonancia con lo que parece ser la opinión mayoritaria en nuestra sociedad. Aunque no contamos

¹⁸ En 2004 el número de adopciones internacionales en España alcanzó un máximo de 5.541, solo por detrás de Estados Unidos, y ha descendido hasta 531 adopciones en 2017 (Fuente: INE, 2018).

con encuestas oficiales ni exhaustivas de la opinión de la sociedad española sobre la gestación por sustitución, las pocas investigaciones que se han realizado al respecto arrojan datos sobre una aceptación mayoritaria de la ciudadanía a esta forma de formar una familia. Esta ausencia de investigaciones podría explicarse por el poco interés gubernamental de financiar estudios que pudieran arrojar conclusiones en contra de la postura oficial, el poco peso de la gestación por sustitución en el conjunto de técnicas de reproducción asistida y la poca disponibilidad de sujetos a estudiar cuando se trata de una práctica no permitida y estigmatizada (Rodríguez-Jaume *et al.*, 2019).

Una encuesta publicada a principios de 2017 en el diario nacional *El Español*¹⁹ reveló que el 70 por ciento de la población española estaba a favor de regular la gestación por sustitución como una forma de reproducción asistida. En esta investigación, el 48 por ciento de los entrevistados estaba a favor de cualquier forma de gestación por sustitución (altruista o comercial), mientras que el 19 por ciento estaban solo a favor de la gestación por sustitución altruista y el 16 por ciento no tenían una opinión al respecto.

Ese mismo año en agosto, otra investigación llevada a cabo en Cataluña²⁰ mostró que el 73 por ciento de las personas entrevistadas estaba a favor de regular la gestación por sustitución. De estos, 45,4 por ciento estaba a favor solo si las personas no podían tener hijos propios, y el 27,4 por ciento en cualquier circunstancia.

Finalmente, el ejemplo británico podría también inspirar una legislación donde el acceso a la gestación por sustitución se considerase amparado por el derecho a la intimidad personal y familiar, la libertad y autonomía reproductiva de las mujeres. De hecho, una visión de género implica también reconocer la autonomía y el libre consentimiento de las mujeres para poder ceder de manera altruista su útero, y reconocer su capacidad para suscribir acuerdos de gestación por sustitución sin dudar de su capacidad de obrar. La mayoría del movimiento feminista y los partidos políticos de izquierda en el Reino Unido apoyan la gestación por sustitución, e incluso lideran las iniciativas de reforma y mejora de la ley. Las gestantes británicas expresan, en coherencia con el pensamiento dominante sobre gestación por sustitución, que el principal motor de su colaboración en los acuerdos de gestación por sustitución es el altruismo, y que lo hacen, la mayoría de los casos, inspiradas por casos familiares o cercanos donde han visto sufrir a personas por no poder gestar sus propios hijos/as (Jadva *et al.*, 2003; Lamba *et al.* 2018; Poote and Van der Akker, 2009). En España carecemos de investigaciones que puedan ofrecer la voz de las gestantes y sus motivaciones, y apenas existen sobre las familias de intención. La posibilidad de admitir la gestación por sustitución de carácter altruista, que el feminismo mayoritario en el Reino Unido apoya, parece casi imposible en un feminismo mayoritario en España que identifica cualquier modalidad de gestación por sustitución con explotación de las gestantes.

¹⁹ Socio Métrica Encuesta para *El Español* publicado por el español.com en Febrero 2017: https://www.elspanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.htm

²⁰ Gabinet d'Estudis Socials i Opinió Pública (GESOP). Encuesta publicada por El Periódico.com en Agosto 2017. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20170806/el-73-de-los-catalanes-defiende-la-legalizacion-de-los-vientres-de-alquiler-6203064>

6. Bibliografía

- Álvarez, C., A. M. Rivas y M. I. Jociles (2019): “Vínculos y contactos socioafectivos de las familias españolas con gestantes por sustitución de Estados Unidos, Canadá y Ucrania”, en F. Lledó, P. Ferrer, I. Benítez, C. Ochoa, C. y O. Monje, ed., *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid, Editorial Dykinson, pp. 779-792.
- Bremner, P. (2017): “Surrogacy and single parents following Re.Z”, *Edinburg Law Review*, 21 (2), pp. 281-286.
- De Miguel, A. (2015): *Neoliberalismo sexual*, Madrid, Cátedra.
- Dworkin, R. (1994): *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel.
- Farnós, E. (2010): “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: revista para el Análisis del Derecho*, 1. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225321> [Consulta: 18 de noviembre de 2020].
- Farnós, E. (2016): “La jurisprudencia asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, 36, pp. 93-111.
- Ferraretti, A., G. Pennings, L. Gianaroli, E. Natali y C. Magli (2010): “Cross-border reproductive care: a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies”, *Reproductive Biomedicine Online*, 20, pp. 261-266.
- Gómez Sánchez, Y. (1994): *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons.
- Golombok, S., E. Illioi, L. Blake, G. Roman y V. Jadva (2017): “A Longitudinal Study of Families Formed Through Reproductive Donation: Parent-Adolescent Relationships and Adolescent Adjustment at Age 14”, *Developmental Psychology*, 53, (10), pp. 1966-1977.
- Golombok, S., C. Murray, V. Jadva, E. Lycett, F. Macallum y J. Rust (2006): “Non genetic and non gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at the age of 3”, *Human Reproduction*, 3 (3), pp. 1918-1924.
- Golombok, S., C. Murray, V. Jadva, E. Lycett y F. Macallum (2004): “Families created through surrogacy arrangements: parent-child relationship in the 1st year of life”, *Development Psychology*, 40 (3).
- Horse, K. y S. Sheldon (2012): “Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy”, *Medical Law Review*, Winter, pp. 67-89.
- Horse, K. (2015): *Surrogacy in the UK: Myth busting and reform. Project report*, Kent, UK, University of Kent.
- Horse, K. y K. Neofytou (2015): “The fertility treatment time forgot: What should be done about surrogacy in the UK?”, en K. Horse, ed., *Revisiting the regulation of Human Fertilisation and Embryology*, Oxon, Routledge, pp. 117-135.
- Horse, K. (2016): “Fraying at the edges-Uk Surrogacy Law in 2015”, *Medical Law Review*, 24 (4), pp. 608-621.
- Horse, K. N. Smith, A. Mclean, S. Npcross y A. Powell (2018): *Further evidence for reform Surrogacy in the UK: Second Report of the Surrogacy UK*, United Kingdom, Working Group on Surrogacy Law Reform, Support Community.

- Igarada, N. (2011): “El hipotético derecho a la reproducción”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, 23, pp. 252-271.
- Igarada, N. (2015): “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, pp. 3-19.
- Igarada, N. (2018): “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista Bioética y Derecho*, 44, pp. 57-72.
- Igarada, N. (2019): “Regulating surrogacy in Europe: Common problems, diverse national laws”, *European Journal of Women’s Studies*, 26 (4), pp. 435-446.
- Jackson, E. (2016): “UK Law and International Commercial Surrogacy: ‘the very antithesis of sensible’”, *Journal of Medical Law and Ethics*, 4(3), pp. 197-214.
- Jadva, V., C. Murray, E. Lycett, F. MaCallum y S. Golombok (2003): “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers”, *Human Reproduction*, 18, pp. 2196-204.
- Jadva, V., L. Blake, P. Casey, P. y S. Golombok (2012): “Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children’s understanding of their surrogacy origins”, *Human Reproduction*, 27 (10), pp. 3008-3014.
- Lamba, N., V. Jadva, K. Kadam, K. y S. Golombok (2018): “The psychological well-being and prenatal bonding of gestational surrogates”, *Human Reproduction*, 33 (44), pp. 646-653.
- Lamm, E. (2010): “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf [Consulta: 18 de noviembre de 2020]
- Marrades, A. (2017): “El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 30, pp. 153-177.
- Morero, A. (2018): “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”, *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, 2018/2, papel 199, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press.
- Pennings, G., G. De Wert, F. Shenfield, J. Cohen, B. Tarlatzis y P. Devroey (2008): “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”, *Human Reproduction*, 23 (10), pp. 2182-2184.
- Perez Monge, M. (2010): “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación ‘versus’ realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 94, pp. 41-64.
- Poote, A. y O.B.A. Van der Akker (2009): “British women’s attitudes to surrogacy”, *Human Reproduction*, 24 (1), pp. 139-145.
- Presno, M. y P. Jiménez (2014): “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 51, pp. 1-38.
- Readings, J., L. Blake, P. Casey, V. Jadva y S. Golombok (2011): “Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy”, *Reproductive BioMedicine Online*, 22, pp. 485-495.
- Robertson, J. A. (1994): *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, New Jersey, Princeton University Press.
- Rodríguez-Jaume, M. J., M. González-Río y D. Jareño-Díaz (2019): “Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: los estudios de opinión a revisión”, *Política y Sociedad*, 56 (2), pp. 295-316.

- Salazar, O. (2017): “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 99, pp. 79-120.
- Stoll, J. (2013): *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood. Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala, Uppsala University Publications.
- Wade, K. (2017): “The regulation of surrogacy: a children’s rights perspective”, *Children Family Law Quarterly*, 29 (2), pp. 113-131.
- Zadeh, S., E. Ellioi, V. Jadvá y S. Golombok (2018): “The perspectives of adolescents conceived using surrogacy, egg or sperm donation”, *Human Reproduction*, 33 (6), pp. 1099-1106.