



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER MONOGRÁFICO

Gestación por sustitución y movilidad de biomateriales y seres humanos

Gestació per substitució i mobilitat de biomaterials i éssers humans

Surrogacy and mobility of human biomaterials

Noelia Igareda González*

* Noelia Igareda González. Profesora titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho, Campus UAB, 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), Barcelona. Email: noelia.igareda@uab.cat. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3748-0226>.



Copyright (c) 2024 Noelia Igareda González. Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

La movilidad de biomateriales humanos en España está prohibida para ser utilizados para la gestación por sustitución. La gestación por sustitución igualmente no está admitida en el ordenamiento jurídico español. A pesar de ambas prohibiciones, numerosas personas viajan al extranjero a países donde la gestación por sustitución es legal para tener un bebé mediante esta técnica. Igualmente, es imposible verificar si no se producen traslados de biomateriales humanos a otros países para ser utilizados en procesos de gestación por sustitución. Este caso ilustra perfectamente el doble parámetro ético y legal que el ordenamiento jurídico español tiene frente a la medicina reproductiva en general y frente a la movilidad de biomateriales humanos.

Palabras clave: gestación por sustitución; movilidad biomateriales humanos; movilidad humana; turismo reproductivo; doble parámetro.

Resum

La mobilitat de biomaterials humans a Espanya està prohibida per ser utilitzats per a la gestació per substitució. La gestació per substitució igualment no està admesa en l'ordenament jurídic espanyol. Malgrat ambdues prohibicions, nombroses persones viatgen a l'estranger a països on la gestació per substitució és legal per tenir un nadó mitjançant aquesta tècnica. Igualment, és impossible verificar si no es produeixen trasllats de biomaterials humans a altres països per ser utilitzats en processos de gestació per substitució. Aquest cas il·lustra perfectament el doble paràmetre ètic i legal que l'ordenament jurídic espanyol té davant de la medicina reproductiva en general i davant de la mobilitat de biomaterials humans.

Paraules clau: gestació per substitució; mobilitat de biomaterials humans; mobilitat humana; turisme reproductiu; doble paràmetre.

Abstract

The mobility of human biomaterials in Spain is prohibited to be used for surrogacy. Surrogacy is also not permitted in the Spanish legal system. Despite both prohibitions, many people travel abroad to countries where surrogacy is legal to have a baby using this technique. However, it is impossible to verify whether human biomaterials are not transferred to other countries to be used in surrogacy processes. This case perfectly illustrates the double ethical and legal parameter that the Spanish legal system has regarding reproductive medicine in general and against the mobility of human biomaterials.

Keywords: surrogacy; mobility of human biomaterials; human mobility; reproductive tourism; double parameter.

1. El marco legal aplicable a la movilidad de biomateriales en España y en Europa

La legislación española establece que se pueden trasladar embriones, óvulos y semen congelados de una clínica de fertilidad a otra, tanto dentro de España como al extranjero. El único límite es que este traslado no se realice para llevar a cabo una técnica de reproducción humana asistida no admitida en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de la gestación por sustitución (artículo 6.4 del Código Civil¹ y artículo 10² de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

Este marco legal aplicable está en coherencia con la normativa europea aplicable, la Directiva 2004/23 relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, donde el semen, los óvulos y los embriones humanos son considerados células y tejidos humanos susceptibles de moverse libremente por el espacio europeo de libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales, con las especiales garantías que esta Directiva exige.

Igualmente, desde la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de Kohl y Deckker, del 28 de abril de 1998³, los servicios sanitarios son parte también de este espacio europeo de libre circulación, lo que ha contribuido al turismo reproductivo dentro de la propia Unión Europea, y ha propiciado la movilidad de biomateriales humanos para abastecer las demandas de esta medicina reproductiva (Ferrati et al., 2010; Pennings, 2006, 2007; Cohen, 2014).

Para poder conseguir esta movilidad de biomateriales humanos con una finalidad reproductiva, deben cumplirse una serie de requisitos en la obtención, transporte y custodia de estas muestras biológicas. Tal y como establece la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida las personas responsables del destino de los gametos y embriones congelados son la mujer, hombre o pareja.

¹ Art. 6.4. Código Civil: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

² Artículo 10. Gestación por sustitución. “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

³ Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos C-120/95 y C-158/96

Según el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, el centro receptor de las muestras biológicas debe estar autorizado por las autoridades sanitarias correspondientes.

De acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, estas personas responsables de los gametos y los embriones congelados tienen que autorizar el traslado de información personal (historias clínicas, serologías, calidad de los embriones, etc.) de una clínica a otra. E igualmente el centro de origen de las muestras biológicas debe adoptar las medidas necesarias para que la información personal quede protegida durante el traslado si éste lo realizan terceras partes

Según el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, el centro receptor debe identificarse y emitir acuse de recepción para permitir la trazabilidad de las muestras biológicas durante todo el traslado.

Si se necesita trasladar estos biomateriales al extranjero, se necesita obtener del Ministerio de Sanidad una autorización de exportación. Además, en este caso, el material reproductivo sólo podrá ser utilizado para uso propio.

Este material reproductivo se somete a la vitrificación -congelación ultrarrápida como parte de su preparación para el almacenamiento y el transporte, lo que permite conservar sus cualidades durante mucho tiempo, aunque la comunidad científica no recomienda su almacenamiento durante más de 10 años.

Es importante señalar que, a pesar de que no hay evidencia científica clara sobre las mayores tasas de éxito con biomateriales humanos criopreservados (Roque et al., 2013) persiste la creencia sobre una mayor frecuencia de embarazo con embriones criopreservados que con embriones frescos. De ahí que muchas personas que acceden a técnicas de reproducción asistida en otro país prefieren optar por criopreservar y transportar su material reproductivo, en vez de viajar a ese país y obtener directamente el semen y/o óvulos con el que se intentará la concepción. Una vez que sus embriones han llegado y se han descongelado, normalmente se procede a la selección de los embriones de mejor calidad mediante el diagnóstico genético preimplantacional y transferirlos al útero de la gestante.

2. La gestación por sustitución y la movilidad de biomateriales y seres humanos

Aunque la gestación por sustitución no está admitida en el ordenamiento jurídico español, hay una diversidad de regulación entre los diferentes Estados miembros de la Unión Europea (Igarada, 2019, 2020). En Grecia⁴ y Portugal⁵ está permitida, aunque en Grecia tanto para nacionales como para extranjeros, y en Portugal sólo para nacionales y residentes legales. Por otro lado, la gestación por sustitución está tolerada en Bélgica, Holanda⁶ y en la República Checa⁷.

También hay países fuera de la Unión Europea donde la gestación por sustitución es legal, y donde se permite su acceso a ciudadanos extranjeros, como por ejemplo Canadá⁸, algunos estados de Estados Unidos o Ucrania (Stoll, 2015).

Los ciudadanos/as españoles pueden acceder a esta técnica tanto en los países donde se admite su acceso a ciudadanos extranjeros, como en aquellos países donde pueden acceder a la situación administrativa de residentes legales.

A pesar de que la movilidad de biomateriales con finalidad reproductiva queda descartada por la legislación española para la gestación por sustitución, es imposible afirmar que no se está produciendo. No existe ninguna forma que permita controlar para qué técnica de reproducción humana asistida finalmente se utilizaron los materiales reproductivos transportados de un país a otro, ni en el espacio europeo de libre circulación, ni tampoco fuera de la Unión Europea.

De igual manera, tampoco se tienen datos exactos sobre el número de bebés nacidos gracias a la gestación por sustitución fuera de España de padres españoles. Algunas autoras (Igarada, 2018) estiman que se trata de unos 1.000 bebés al año. Por otra parte, el Ministerio de Asuntos Exteriores español ha hecho público que desde 2010 a 2022 se produjeron 3.516 solicitudes de inscripción en los registros civiles consulares de bebés nacidos por gestación por sustitución. De este número el 81,88% eran de bebés nacidos en Estados Unidos y Ucrania, que, hasta el inicio de

⁴ Law 3089/2002 on Medically Assisted Human Reproduction.

⁵ Lei n.º 25/2016 Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

⁶ En estos dos últimos casos, los tribunales encuentran la solución utilizando el interés supremo del menor, unas veces reconociendo la filiación biológica paterna y la adopción (Holanda), y otras veces mediante el reconocimiento del menor tras confirmarse la "posesión de estado" (Bélgica) (Quiñones, 2009).

⁷ La Ley n.º 373/2011 sobre Servicios Médicos Específicos.

⁸ Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004.

la guerra en este último país, eran los principales destinos de nacionales españoles que viajaban al extranjero para tener un hijo/a mediante la gestación por sustitución⁹.

Pero estas solicitudes no representan el total de bebés nacidos mediante esta técnica, ya que la Instrucción de la DGRN de 2010¹⁰ y la Instrucción de la DGRN de 2019¹¹ permitieron que las peticiones de registros se pudieran realizar también en territorio español, siempre y cuando el menor tuviera pasaporte y hubiera una sentencia judicial homologada demostrando la filiación.

Existen agencias intermediarias que ofrecen acompañamiento y asesoramiento a ciudadanos españoles para acceder a la gestación por sustitución en determinados países donde es legal, como por ejemplo Estados Unidos¹², como antes Ucrania (Igareda, 2018), o incluso en países europeos como República Checa¹³, donde la gestación por sustitución no está expresamente prohibida, y por lo tanto, se podía más fácilmente transportar los biomateriales para luego poder contratar a una gestante en Ucrania.

3. El turismo reproductivo en España y el doble parámetro ético y legal con la movilidad de biomateriales

España constituye uno de los principales destinos del llamado turismo reproductivo (aunque algunos autores/as evitan utilizar este término que consideran tiene connotaciones negativas y prefieren hablar de medicina reproductiva transnacional¹⁴) (Pennings, 2006, 2007, 2008). Se ha criticado la utilización del término turismo reproductivo porque banaliza las razones por las que las personas acceden a las técnicas de reproducción humana asistida, y prefiere la utilización de estos otros conceptos. El turismo reproductivo preocupa porque es una opción de clase social (sólo las personas con alto poder adquisitivo pueden permitirse el lujo de viajar para acceder a estas técnicas de reproducción humana asistida), es imposible el control sobre la calidad o la seguridad de los servicios que se ofrecen, y porque puede suponer un riesgo para las mujeres gestantes y para los niños/as. Asimismo, provoca recelos éticos ya que puede suponer una mayor

⁹ Ministerio de Asuntos Exteriores, 2022 (<https://www.newtral.es/datos-gestacion-subrogada/20230329/>) (última consulta 02.02.2024).

¹⁰ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

¹¹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

¹² Ver, por ejemplo, <https://www.gestlifesurrogacy.com/estados-unidos-gestaci%C3%B3n-maternidad-subrogada-maternidad-usa.php> (consultado el 14.12.2023).

¹³ Ver, por ejemplo, <https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/republica-checa/> (consultado el 14.12.2023)

¹⁴ *Cross border reproductive care.*

probabilidad de explotación de las mujeres y convertirse en un elemento más de la “industria reproductiva” o el *baby business* (Lamm, 2012).

Personas de todo el mundo viajan a España para acceder a tratamientos de reproducción asistida, debido entre otras razones a una legislación muy permisiva en materia de reproducción asistida (Calhaz et al., 2016; Kroløkke, 2014). En España están prácticamente permitidas todas las técnicas con aval científico, entre ellas, la donación de gametos de manera anónima, anonimato que está permitido en pocos países europeos¹⁵; la donación de óvulos, que no siempre se permite en países donde las técnicas de reproducción asistida están generalizadas¹⁶; o el diagnóstico genético preimplantacional, que en algunos países se considera una técnica éticamente conflictiva porque se asemeja a políticas eugenésicas del pasado¹⁷ (Igareda, 2018).

Otra de las razones que explican esta posición de España como líder en materia de medicina reproductiva es el papel predominante del sector privado sanitario, que ha influido claramente en la regulación bastante permisiva de las técnicas de reproducción humana asistida (Lafuente, 2019).

Esta realidad muestra una cierta contradicción ética y legal, ya que España aparece como una “potencia reproductiva” en Europa y fuera de Europa cuando es el país de origen del material reproductivo, pero se estigmatiza cuando son los/as ciudadanos españoles los que marchan fuera para acceder a la medicina reproductiva. Los bancos de gametos permiten convertir a España en una “potencia reproductiva” que provee más del 60 por ciento de los óvulos que se utilizan en reproducción asistida en Europa (Ferrati, et al., 2010), o que, en países como Brasil, supone una alternativa a Estados Unidos (86 por ciento de los óvulos importados en Brasil entre 2014 y 2016 fueron españoles). Los óvulos de Estados Unidos se “compran” pero los óvulos en España han sido “donados”, y después “vendidos” a otros países, y por lo tanto resultan mucho más asequibles económicamente (Machín et al., 2018).

Sin embargo, en las investigaciones sociológicas que se han realizado a los padres y madres de intención que han acudido a la gestación por sustitución para concebir a sus hijos/as, la gestación por sustitución aparece como una opción de “última ratio”, cuando los padres de intención han agotado todas las demás posibilidades (tras embarazos naturales fallidos, operaciones ginecológicas para intentar subsanar problemas médicos que impedían la gestación, después de intentar diferentes técnicas de reproducción humana asistida y valorar o incluso intentar la adopción) (Morero, 2018). Esto en un contexto que algunos autores/as han

¹⁵ Por ejemplo, está prohibido en Suecia, Finlandia, Noruega, Reino Unido, Holanda, Alemania o Portugal.

¹⁶ El 54 % de los ciclos reproductivos con ovodonación en España son para usuarias con residencia extranjera (HUDSON ET AL., 2020).

¹⁷ Como, por ejemplo, Alemania o Austria.

denominado de infertilidad estructural, donde las mujeres en España sufren condiciones económicas y laborales que hacen muy difícil convertirse en madre y que condicionan la decisión de postponer la maternidad hasta que ya es demasiado tarde (Marre et al., 2018).

Ante la imposibilidad de prohibir que los ciudadanos españoles viajen fuera del territorio, y/o envíen al extranjero su material reproductivo para acceder a la gestación por sustitución, nos encontramos con actuaciones legales y administrativas que intentan impedir o disuadir a estos ciudadanos de ello. Más allá de su no admisión en la ley de técnicas de reproducción humana asistida, también están diversas sentencias del Tribunal Supremo, que reiteraban las reglas de filiación establecidas en el ordenamiento jurídico español, donde la maternidad queda determinada por el parto, y donde era inadmisibles una filiación a través de la gestación por sustitución (Sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 o Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo).

A pesar de ello, los poderes públicos terminan reconociendo la filiación de estos niños/as nacidos mediante gestación por sustitución de padres españoles, y permitiendo su inscripción en el Registro Civil, siempre y cuando se pueda demostrar que al menos uno de ellos ha aportado material reproductivo. Esto se hace acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos, que, aún respetando el margen de apreciación de los Estados miembros en materia de gestación por sustitución, obliga a reconocer la filiación de estos bebés nacidos mediante gestación por sustitución en aras del interés superior del menor, su derecho a una filiación y a una familia (Pino, 2023).

Otro ejemplo que ilustra esta contradicción ética y legal son los intentos legales y políticos de entorpecer la práctica de la gestación por sustitución fuera del territorio español, como el artículo 33 de la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en España, que prohíbe la promoción comercial de la gestación por sustitución. O el artículo 32 de dicha ley, que incluye la promoción de campañas de sensibilización para concienciar sobre la ilicitud de la gestación por sustitución.

4. Conclusión

La movilidad de biomateriales humanos en el caso de su potencial uso para procesos de gestación por sustitución constituye otro ejemplo del doble parámetro legal y ético que el ordenamiento jurídico español mantiene con relación a la gestación por sustitución. La movilidad de biomateriales humanos con finalidad reproductiva goza de las máximas garantías legales y no

ofrece ningún tipo de problema ético. En cambio, se mantiene y refuerza la prohibición de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, y se tolera la gestación por sustitución internacional, que constituye un ejemplo paradigmático de movilidad con finalidad de reproducción humana.

Bibliografía

- ◆ Calhaz, J., et al. (2016). Assisted reproductive technology in Europe, 2012: Results generated from European registers by ESHER. *Human Reproduction*, 31 (8), 1638-1652.
- ◆ Cohen, G. (2014). Las fronteras del derecho sanitario: globalización y turismo médico. *AFDUAM*, 18, 21-44.
- ◆ Ferraretti, A.P.; Pennings, G.; Gianaroli, L.; Natali, F.; Magli, C. (2010). Cross-border reproductive care: a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies. *Reproductive Biomedicine Online*, 20, 261-266.
- ◆ Hudson, N.; Culley, L.; Herbrand, C.; Pavone, V.; Pennings, G.; Provoost, V.; Coveney, C.; Lafuente Funes, S. (2020). Reframing egg donation in Europe: new regulatory challenges for a shifty landscape. *Health Policy & technology*, 9 (3), 308-313.
- ◆ Igarada González, N. (2020). Legal and ethical issues in cross-border gestational surrogacy. *Fertility & Sterility*, 113 (5), 916-919.
- ◆ Igarada González, N. (2019). Regulating surrogacy in Europe: Common problems, diverse national laws. *European Journal of Women's Studies*, 26 (4), 435-446.
- ◆ Igarada, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista Bioética y Derecho*, 44, 57-72.
- ◆ Kroløkke, C.H. (2014). West is best: Affective assemblages and Spanish oocytes. *European Journal of Women's Studies*, 21 (1), 57-71.
- ◆ Machin, R.; Augusto, M.H.; Mendosa, D. (2018). Cross-border reproduction: the reproductive market in Angola and Brazil. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, 2 (198), CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press, <http://dx.doi.org/10.1387/pceic.18888>
- ◆ Marre, D., B. San Román, and D. Guerra (2018). On reproductive work in Spain: transnational adoption, egg donation, surrogacy, medical anthropology. *Routledge*, 37 (2), 158-173.
- ◆ Morero, A. (2018). Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, 2 (199), CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press, 2018, <http://dx.doi.org/10.1387/pceic.18966>.
- ◆ Lafuente, S. (2019). Shall we stop talking about egg donation? Transference of reproductive capacity in the Spanish Bioeconomy, *BioSocieties*, 15, 207-225.
- ◆ Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 1-49.
- ◆ Pennings, G. (2006). International parenthood via procreative tourism" in Shenfield, F. and Sureau, C. (eds.). *Contemporary ethical dilemmas in assisted reproduction*, Abingdon, Oxon: Informa Health Care, 43-56.
- ◆ Pennings, G. (2007). Ethics without boundaries: medical tourism in Ashcroft, R.; Dawson, A., Draper, H. and McMILLAN, J. (eds.). *Principles of health care ethics*. London: John Wiley & Sons, 505-510.
- ◆ Pennings, G.; De Wert, G.; Wert, E.; Shenfield, F.; Cohen, E.; Tarlatzis, B.; and Devroey, P. (2008). ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care. *Human Reproduction*, 23 (10), 2182-2184.
- ◆ Pino Avila, A. (2023). *La autonomía reproductiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*. Pamplona: Aranzadi.
- ◆ Quiñones, A. (2009). Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2008, 1-25.
- ◆ Roque, M., Lattes, K., Serra, S., Solà, I., Geber, S., Carreras, R., & Checa, M. A. (2013). Fresh embryo transfer versus frozen embryo transfer in in vitro fertilization cycles: a systematic review and meta-analysis. *Fertil Steril*, 99(1), 156-162.
- ◆ Stoll, J. (2013). *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood. Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala: Uppsala University Publications.

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2024

Fecha de publicación: 13 de junio de 2024