



universidad
de león



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2018/2019

**LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL: EL IMPACTO DE LA STS
247/2014 Y LAS RECIENTES
PROPUESTAS DE REGULACIÓN**

**SURROGATE MOTHERHOOD IN
SPANISH LEGAL SYSTEM: THE
IMPACT OF THE SUPREME COURT'S
SENTENCE 247/2014 AND RECENT
LEGISLATIVE PROPOSALS**

GRADO EN DERECHO

Autora: Dña. ANA ORDÓÑEZ VALLADARES

Tutor: Dr. D. SALVADOR TARODO SORIA

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE	1
ABSTRACT	2
KEYWORDS	2
OBJETO Y DELIMITACIÓN DEL TRABAJO	3
METODOLOGÍA	5
1. MARCO NORMATIVO VIGENTE	6
1.1. MARCO NORMATIVO DE DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA	6
<i>1.1.1. Las iniciativas de la Organización de Naciones Unidas</i>	<i>6</i>
1.1.1.1. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	6
1.1.1.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño del 2000.....	7
1.1.1.3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.....	8
<i>1.1.2. La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado de 1955</i>	<i>9</i>
1.2. LAS INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA	11
1.3. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL DE ORIGEN INTERNO	13
<i>1.3.1. Constitución Española de 1978</i>	<i>13</i>
<i>1.3.2. Normativa civil y penal</i>	<i>14</i>
1.3.2.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	14
1.3.2.2. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil	14
<i>1.3.3. Normativa biojurídica</i>	<i>15</i>
1.3.3.1. Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida	15
1.3.3.2. La Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 32/1988	16
1.3.3.3. La Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, por la que se modifica la Ley 45/2003	17
<i>1.3.4. Otras disposiciones relevantes: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>	<i>18</i>

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA 247/2014 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO	21
2.1. ANTECEDENTES	22
2.1.1. <i>Resumen de los hechos.....</i>	22
2.1.2. <i>Soluciones en primera instancia</i>	22
2.1.3. <i>Soluciones en apelación.....</i>	23
2.2. MOTIVOS DE CASACIÓN ALEGADOS	24
2.3. ARGUMENTOS PARA DENEGAR LA CASACIÓN.....	24
2.3.1. <i>Respeto al orden público internacional español.....</i>	25
2.3.2. <i>Inexistencia de discriminación sexual por razón de sexo u orientación sexual..</i>	27
2.3.3. <i>El interés superior del menor.....</i>	27
2.3.4. <i>No se vulnera el derecho a una identidad única del menor.....</i>	29
2.3.5. <i>No existe vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar.....</i>	30
2.3.6. <i>No hay desprotección de los menores.....</i>	30
2.4. FALLO DE LA SENTENCIA DEL 247/2014 TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO..	32
2.5. VOTO PARTICULAR.....	33
2.5.1. <i>Acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California.....</i>	33
2.5.2. <i>No vulneración del orden público.....</i>	34
2.5.3. <i>Afección grave del interés superior del menor.....</i>	35
3. LA GESTACIÓN SUBROGADA ANTE LAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN. CUESTIONES A DEBATE	36
3.1. OBJETO DE LA PROPUESTA, PRINCIPIOS RECTORES Y DEFINICIONES	38
3.2. REQUISITOS DE LA GESTACIÓN	39
3.3. LA MUJER GESTANTE.....	39
3.4. PARTE SUBROGADA	40
3.5. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.....	40
3.6. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	41
3.7. LA POSIBLE PREMORIENCIA	42
3.8. EL REGISTRO NACIONAL DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN.....	42
3.9. CENTROS SANITARIOS / AGENCIAS INTERMEDIARIAS	42
3.10. INFRACCIONES Y SANCIONES.....	43

4. HACIA UNA LEY REGULADORA	43
4.1. DERECHOS, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS QUE DEBERÍA TENER EN CUENTA CUALQUIER PROPUESTA DE REGULACIÓN	43
4.1.1. <i>La maternidad subrogada como manifestación de la autonomía de la mujer</i>	44
4.1.2. <i>La maternidad subrogada como forma de satisfacer los deseos de aquellos padres intencionales que no pueden gestar su propio hijo</i>	45
4.1.3. <i>El Principio de Precaución</i>	46
4.1.4. <i>La prohibición de explotación</i>	47
4.1.5. <i>La especial protección del niño</i>	48
4.2. ASPECTOS CONFLICTIVOS	50
4.2.1. <i>¿En qué momento el niño ya es hijo de los comitentes?</i>	50
4.2.2. <i>¿Deben tener relación madre gestante – comitentes? El problema de la duplicidad de roles</i>	51
4.2.3. <i>¿Podría ser la gestación subrogada totalmente altruista?</i>	54
4.2.4. <i>Destino del niño:</i>	55
4.2.4.1. <i>La disparidad de criterios sobre el aborto en el supuesto de problemas de salud del nasciturus</i>	55
4.2.4.2. <i>Eventual fallecimiento de los comitentes</i>	55
4.2.5. <i>¿Sería necesario un Registro Nacional de Gestación por Subrogación?</i>	55
4.3. ARGUMENTOS A FAVOR O EN CONTRA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	56
4.3.1. <i>En contra</i>	56
4.3.2. <i>A favor</i>	57
CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	i
FUENTES NORMATIVAS	v
OTRAS FUENTES	vii
REFERENCIAS JURISPRUEDENCIALES	ix
ANEXO	xi

RESUMEN

La gestación por sustitución es una técnica reproducción mediante la cual una mujer, por encargo de una pareja o un individuo contratante, gesta un embrión para éstos, entregándoles el niño o niña tras el parto. Es un contrato.

En España no está regulada de forma eficaz, puesto que la Ley nos indica que sería nulo cualquier contrato de este tipo, pero si las personas lo hacen en otro país, aquí se reconocen los efectos jurídicos derivados de dicho contrato. No existe una regulación uniforme de ámbito internacional ni de la Unión Europea, produciéndose una gran disparidad normativa al respecto de unos Estados a otros.

La problemática principal estriba en los conflictos de intereses que confluyen, puesto que se han de tener en cuenta los derechos de la mujer gestante, así como los de los padres de intención, y la especial protección del menor.

En el presente trabajo analizo el marco jurídico de esta práctica, tanto internacional como de origen interno, los efectos de la sentencia del Tribunal Supremo 247/2014 de 6 de febrero, y las propuestas legislativas hasta ahora documentadas en España, estudiando de forma comparada sus contenidos y analizando los aspectos más problemáticos.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada; reproducción asistida; interés superior del menor; mujer gestante; padres comitentes; familia.

ABSTRACT

The surrogate motherhood is a reproduction technique that a woman, by order of a couple or contracting person, gestates an embryo for them, giving the baby after the birth. It is a contract.

There is no effective regulation in Spain, because the law says that every contract of this type would be invalid, but if people do it in another country, then, it will have recognized effects here. There is no a uniform international level regulation, neither of European Union, happening a huge disparity rules between some states and the others.

The main difficulties are based on the conflicts of interests, because we have to keep in mind the pregnant woman's rights, also the parent's rights, and the children's special protection.

In the present work I analyze the judicial framework of this technique, both international and internal origin, the Supreme Court's sentence 247/ 2014, 6 of February effects, and the documented legislatives proposals in Spain by now, studying their contents and analyzing the most problematic aspects.

KEYWORDS

Surrogate motherhood; assisted reproduction; children's protection; surrogate woman; intentional parents; family.

OBJETO Y DELIMITACIÓN DEL TRABAJO

El objeto de estudio del presente trabajo es la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, a raíz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 febrero de 2014 y las nuevas propuestas de regulación, analizando los problemas que podrían surgir.

Si bien es un tema de actualidad que ha ido surgiendo con la evolución de las nuevas técnicas biomédicas, seguida del cambio del concepto de familia, ya es un tema clásico que se ha debatido desde el primer momento, puesto que esta práctica conlleva muchos conflictos, tanto éticos como jurídicos.

Para poder comprender lo que sucede, ha sido preciso, en primer lugar, describir el marco jurídico de la maternidad subrogada centrándome en tres ámbitos: internacional, Unión Europea y derecho de origen interno.

En segundo lugar, he analizado la STS 247/2014, que ha tenido gran repercusión para esta materia en España. He ido desgranando sus antecedentes, los motivos de casación alegados, los fundamentos de derecho, el fallo, y por último, el voto particular.

Tal sentencia ha tenido mucha influencia en las propuestas legislativas hasta ahora documentadas, y esta ha sido la tercera parte del trabajo, un análisis pormenorizado de cada una de ellas, fundiéndolas en una comparativa de los principales puntos que abordan, haciendo ver sus similitudes y principales diferencias.

Finalmente, he concluido el trabajo planteando el elenco de derechos, principios y garantías irreductibles que toda intención de regular la maternidad subrogada ha de tener en cuenta, posteriormente los aspectos conflictivos que surgen, y cómo se podrían solucionar, si bien esto es muy complicado al existir tantos intereses, en muchos casos contrapuestos; y por último, argumentos a favor y en contra a este tipo de reproducción.

Teniendo en cuenta la breve extensión exigida, he tenido que centrarme en aspectos muy concretos, ya que esta materia tiene muchas implicaciones y muy diversas, entran en juego diferentes ramas de derecho como internacional, civil, registral, constitucional, etc. Es por ello que la limitación es: el objeto material es la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español. El objeto formal o perspectiva ha sido principalmente jurídica, si bien en ocasiones, ha sido necesario hacer referencia también

a los aspectos políticos y éticos. Por cuanto se refiere a la delimitación espacial, como ya he indicado, el estudio se centra en el ordenamiento jurídico español. Y, finalmente, el trabajo tiene también delimitación temporal que coincide con la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, precisamente por las razones de espacio referidas, me ha parecido oportuno comenzar el análisis de la cuestión a partir de dicha sentencia, los efectos que provocó en la interpretación de la práctica y las propuestas de regulación que se han planteado hasta hoy en día.

METODOLOGÍA

Para elaborar el trabajo he empleado la metodología propia de la ciencia jurídica. El punto de partida, ha sido el estudio de la normativa actual, en sus tres ámbitos, internacional, de la Unión Europea e interno, que son los que tienen eficacia en nuestro ordenamiento jurídico.

El estudio normativo ha sido complementado con un análisis jurisprudencial para poder comprender la situación global en la que se encuentra la maternidad subrogada, y fundamentalmente el estudio de la trascendencia que ha tenido la sentencia del Tribunal Supremo 247/ 2014, de 6 de febrero. Al entrar en juego principios y derechos fundamentales -por ejemplo, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o la libertad reproductiva- ha sido relevante analizar las interpretaciones y aplicaciones que de ellos hacen los tribunales.

He utilizado la política legislativa, entendida como necesidad general de actuación normativa, para analizar las recientes propuestas de regulación, haciendo una comparativa pormenorizada de cada punto que contienen y para finalizar, he analizado los problemas que surgirían en caso de una regulación real en España, definiendo un grupo irreductible de derechos, aquellas garantías en las que no cabe discusión, y recogiendo algunos argumentos a favor y en contra de esta práctica.

He centrado el análisis en este tema por su gran actualidad y controversia, si bien hay gran cantidad de opiniones y argumentos, me ha resultado interesante poder hacer un estudio de forma crítica. A veces, la propia investigación me ha ido clarificando mi postura; en otras, las cuestiones más difíciles me han hecho consciente de la complejidad de la problemática que existe y que aún está en continuo cambio y evolución.

1. MARCO NORMATIVO VIGENTE

Me referiré por este orden al ámbito internacional, de la Unión Europea, y el derecho de origen interno.

1.1 MARCO NORMATIVO DE DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA

Existe una gran disparidad de situaciones dependiendo del país del que se trate. Hemos de prestar atención al modo en que la regulación de los Estados ha condicionado el desarrollo de la gestación subrogada internacional, aquella que se da cuando los padres intencionales y la madre gestante residen en distintos países. Se crea un marco supra internacional, si bien de eficacia jurídica limitada, gracias a los organismos intergubernamentales que se han ocupado de esta cuestión.

1.1.1. *Las iniciativas de la Organización de Naciones Unidas*

Las Naciones Unidas son una organización que se inaugura en 1945 y que está formada por estados soberanos que, de manera voluntaria, se unen para evitar guerras mediante la diplomacia y el diálogo. Haremos un recorrido por la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño y la CEDAW, que, si bien ninguno de ellos regula esta materia, es fundamental tenerlos en cuenta porque afecta directamente ¹.

1.1.1.1. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

En 1989 la ONU aprueba la Convención de los Derechos del Niño e introduce en su artículo 3.1 lo que denominamos el interés superior del menor, “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” ².

¹ “BIENVENIDOS A LAS NACIONES UNIDAS”, *Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas*. (Consultado 17 de mayo de 2019) Disponible en:

<https://visit.un.org/sites/visit.un.org/files/Visitor%20Centre%20booklet-SP.pdf>

² ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre 1989, United Nations, Treaty Series. Pág. 10. (Consultado 3 de marzo de 2019) Disponible en:

<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Además, si los responsables de los menores no tuviesen capacidad para el aseguramiento de la protección y el cuidado, lo hará el Estado ³.

Como consecuencia, tal interés superior del niño ha de informar toda la regulación sobre maternidad subrogada.

1.1.1.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño

Una de las exigencias que extraemos de este principio es la absoluta prohibición del tráfico de niños; y precisamente para perseguirlo de forma más eficaz, Naciones Unidas aprueba en el año 2000 el Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que sirve de complemento a la Convención ⁴.

Traemos este Protocolo al hilo de que un sector de la opinión pública opina que la gestación por sustitución sería en todo caso una forma de compraventa del menor porque se cambia un hijo por dinero. Sin embargo, otro considera que existiendo un acuerdo previo, y además, careciendo el embrión de vínculo genético con la gestante, no se podría hablar de compraventa sino de un servicio de maternidad subrogada ⁵.

Resulta muy interesante mencionar unos informes de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de 2017 ⁶ y 2018 ⁷ en los que afirma que se trata de un fenómeno que va en aumento y está superando las adopciones internacionales. La inexistencia de

³ Convención sobre los Derechos del Niño · UNICEF Comité Español, pág.10.

⁴ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002. (Consultado el 7 de marzo de 2019) Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opsccrc.aspx>

⁵ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017. (Consultado 1 de marzo 2019) Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

⁶ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. A/HRC/34/55 18. Consejo de Derechos Humanos. 34º período de sesiones. 27 de febrero a 24 de marzo de 2017. (Consultado 7 de marzo de 2019) Disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/440/29/PDF/G1644029.pdf?OpenElement> 19

⁷ *Ibid.*

normativa uniforme hace puedan desembocar en casos de adopción ilegal, e incluso vulnerabilidad a la violación de sus derechos.

La Convención introduce también otros dos artículos ligados completamente con este tema; es el artículo 7 que afirma que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Su apartado 2º dice que los Estados partes “velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional”⁸.

Es por ello, y respecto lo dispuesto en el Convenio de los Derechos del Niño, que un caso como el español en el que la filiación se determina por el parto, en base a la inmutabilidad del principio “mater sempre certa est”⁹, se debería garantizar que no se separe al hijo de su madre e intentar que sean cuidados por ellas.

En la misma línea establece el artículo 8 que los Estados partes garantizarán el derecho del niño a respetar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares como consecuencia de injerencias ilícitas, como podrían ser los contratos de gestación subrogada firmados en el extranjero.

También cabe destacar el artículo 24 que versa sobre protección del derecho a la salud dice que los Estados parte adoptarán medidas adecuadas para “e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna”. Nos sirve para ponderar los costes del bienestar del niño.

1.1.1.3 Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 1979

En 1979 la Organización de Naciones Unidas aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, mediante la que se

⁸ ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre 1989, Unites Nations, Treaty Series. Artículo 7.

⁹ IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia. La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre gestación por sustitución en España. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 21, 2015 ISSN 1698-7950, pp. 3-19

proyecta una perspectiva de género cuyo objetivo no es sólo que los Estados no discriminen, sino la modificación del papel tradicional de los hombres y mujeres en la sociedad y familia.

Hemos de destacar distintos artículos de gran relevancia para el mundo de la maternidad subrogada y más especialmente, de las madres gestantes: su artículo 4, en el que se afirma que son lícitas las medidas de discriminación inversa para alcanzar la igualdad efectiva de las oportunidades y trato. Se ha considerado discriminatoria la prohibición de esta práctica en cuando a la libertad reproductiva de hombres y mujeres que no pueden gestar respecto de los que sí pueden hacerlo ¹⁰.

El artículo 6 de la CEDAW establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres”. Aquí se pone de manifiesto cierta opinión al unísono entre los que apoyan la maternidad subrogada y los que no, en que es frecuente la trata y explotación de mujeres¹¹.

1.1.2. La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado de 1955

La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) es una organización supranacional cuyo objeto principal es homologar las normas de Derecho internacional privado a nivel mundial, tendiendo puentes, es decir, solucionando situaciones en las que más de un país esté implicado ¹².

Particularmente, y en el campo que nos interesa, tiene el interés del menor como objetivo material, encontrando en la cooperación internacional una técnica alternativa a lo que se venía empleando. Los operadores jurídicos ante la progresiva intensidad de la vida internacional impulsan el establecimiento de un marco adecuado para desarrollar una cooperación ágil y efectiva que facilite el tráfico internacional ¹³.

¹⁰ UNICEF. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 1979.

¹¹ *Ibid.*

¹² “Sobre la HCCH” (Consultado 7 de marzo de 2019). Disponible en: <https://www.hcch.net/es/about>

¹³ HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. 1ª Edición. Valladolid: Lex Nova, 2004. Pg.289.

Pues bien, esto pasa con la maternidad subrogada, desde 2012 se ha ido interesando particularmente por los problemas de filiación de los hijos nacidos de esta manera ¹⁴.

Uno de los últimos informes redactados por el comité de expertos en la materia, concluye que se hace inviable cualquier avance en la materia por la propia dificultad y, además, por la variedad de perspectivas.

En otro informe de 2015 alerta sobre las amenazas sobre los derechos humanos en relación con los contratos de gestación por sustitución, y en concreto señalaba cinco:

- 1) el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo;
- 2) la inadecuación de los comitentes para ser padres y riesgo de tráfico de niños;
- 3) el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos;
- 4) los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes; y
- 5) las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación¹⁵.

De esta manera, se quiere asumir la llamada doctrina del orden público atenuado ¹⁶, para determinadas situaciones creadas en el extranjero y al amparo de un ordenamiento

¹⁴ En la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, se elaboró un Informe en abril de 2012 sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Disponible en: DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. [En línea]. Departamento temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Mayo de 2012. Disponible en:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf) (Consultado 12 de marzo de 2019). Pág. 3: *Aunque la maternidad subrogada no es una práctica reproductiva nueva, es un hecho generalmente aceptado que se trata de un fenómeno cada vez más frecuente. Los informes recientes han documentado un aumento en la práctica de la maternidad subrogada, que incluyen acuerdos que cruzan las fronteras nacionales.*

¹⁵ Cfr. The Hague Conference on Private International Law, *The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*, (consultado el 14 de marzo de 2019). Disponible en:

<https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf> (consultado el 14 de marzo de 2019)

¹⁶ Tal y como disponen A. Rodríguez, B. Campuzano, M^a.A. Rodríguez y A. Ybarra, “hablamos del efecto del orden público atenuado cuando determinadas instituciones pese a que en principio son contrarias al orden público español, pueden producir ciertos efectos. Un claro ejemplo sería los matrimonios poligámicos en España, que si bien están prohibidos, nuestra jurisprudencia ha admitido ciertos efectos jurídicos a tales matrimonios como el derecho de las viudas a percibir la pensión de viudedad.”, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2014, ed. Tecnos. P.156.

jurídico extranjero, incluso siendo la práctica prohibida por el Estado al que se solicita el reconocimiento, como ocurre en España. La razón de esto es que al derivarse efectos jurídicos como, por ejemplo, el permiso de maternidad, han de ser reconocidos.

La Conferencia de la Haya está favoreciendo la creación de un marco con acción multilateral para poder lograr el reconocimiento los efectos producidos por un convenio de gestación por subrogación, y de esta manera evitar tanto la desprotección del menor como la madre gestante, evitando la instrumentalización de la mujer como un medio para conseguir hijos a cambio de dinero.

1.2. LAS INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA

Es complicado reseñar una tendencia legal para la maternidad subrogada en el ámbito de la UE; sin embargo, lo que sí es general para todos los Estados miembros es la necesidad de los niños de disponer de unos padres legales y un estatus civil bien definido.

Por el momento, no tenemos una posible respuesta a nivel europeo sobre dificultades jurídicas planteadas; si bien es cierto que recientemente se han comenzado distintas directivas de la UE referidas a la prestación de asistencia sanitaria reproductiva y la gestión de material biomédico; pero los asuntos de relaciones familiares escasean. De forma que mientras la UE sí facilita el acceso a la salud reproductiva en todos los estados miembros, rara vez vemos que se extiendan a las situaciones familiares posteriores, cuestión jurídica fundamental en el contexto de la maternidad subrogada.

El primer paso se produce en el año 2010 cuando la Dirección General de Políticas Interiores del Parlamento Europeo (DGPIPE) emite el informe “El reconocimiento de la responsabilidad parental: paternidad biológica y paternidad legal” donde establece estándares comunes a nivel comunitario ¹⁷.

Dos años más tarde, en 2012, se reconoce la autonomía de cada estado para autorizar o prohibir esta práctica por el Informe Brunet de la Dirección General de Políticas Interiores

¹⁷ VVAA, “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final”, *Revista Euskadi*, 2018.

del Parlamento Europeo ¹⁸, además los EM están de acuerdo en la necesidad de la clara filiación de los hijos nacidos mediante esta práctica, es decir, que tengan progenitores legales y estatus civil definidos. En algunos casos, el nacido será considerado hijo de unas personas con arreglo al Derecho del país extranjero, y de otras diferentes con arreglo al Derecho del país que no admite la gestación subrogada. En tales supuestos se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 21 TFUE ¹⁹) en tanto que cada vez que cruzase la frontera cambiaría su filiación ²⁰. También en 2012 el Consejo de Europa condena la gestación por sustitución al considerarla incompatible con la dignidad tanto de mujeres, como de los niños y niñas ²¹.

En 2014 llega “Maternidad subrogada y el estatus civil del hijo” publicado por la Comisión Internacional del Estado Civil donde concluye que los problemas son muy complejos y que hay muchas dificultades e incertidumbres, sin haber aún convención internacional al respecto ²². En este mismo año se publica la Moción para la resolución del Consejo de Europa donde considera que existe una vulneración de la dignidad de la mujer que presta su cuerpo y la función reproductiva como mercancía, y pide un análisis del problema así como un pronunciamiento claro ²³.

En 2015 se pronuncia al respecto el Parlamento Europeo en el marco del Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014). En este documento se afirma de manera contundente que “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres

¹⁸ BRUNET, Laurence et al. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. Bruselas: Dirección general de políticas interiores departamento temático c: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2012. (Consultado 16 de marzo de 2019) Resumen disponible en:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOLJURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOLJURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)

¹⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957.

²⁰ VVAA, Profesionales por la ética, “Vientres de alquiler. Maternidad subrogada”. 2015.

²¹ STSJ de 13 de marzo de 2017 (ECLI: ES: TSJM:2017:1247)

²² VVAA, Profesionales por la ética, “Vientres de alquiler. Maternidad subrogada”. 2015.

²³ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, informe sobre «*Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la maternidad subrogada*». 2014.

vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”²⁴.

Y por último en 2016 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁵ rechaza una propuesta de recomendación en la que se propone adoptar directrices a la hora de garantizar, en los acuerdos de subrogación, los derechos de los niños²⁶.

1.3. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL DE ORIGEN INTERNO

Haremos un recorrido por el marco normativo interno español, viendo normas que, si bien no regulan específicamente esta materia, sí que son influyentes y fundamentales.

1.3.1. Constitución Española de 1978

En el caso de la CE, como hemos dicho no regula la materia, pero es importante destacarla por ser la norma suprema del ordenamiento jurídico español, y por tanto da las líneas generales que se deben seguir. El artículo 1.1 de la CE reconoce unos valores al servicio de la dignidad que se encuentra en el art. 10.1, es por ello que el concepto de dignidad ha de adaptarse a las circunstancias de cada momento. María Luisa Balaguer define la dignidad como la posibilidad que el Estado se reserva para intervenir desde el derecho, si se da la circunstancia de que una conducta atenta a la esfera del sujeto lesionando ese contenido de humanidad, que es considerado como intangible²⁷.

²⁴ Parlamento Europeo. *Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI))*. Estrasburgo, 2015. (Consultado el 15 de marzo de 2019). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//ES>

²⁵ Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria. *Children's rights related to surrogacy. Report*. 21 de septiembre de 2016. (Consultado 15 de marzo 2019) Disponible en: <http://website-pace.net/documents/19855/2463558/20160921-SurrogacyRights-EN.pdf/a434368b-2530-4ce4-bbc0-0113402749b5>

²⁶ Surrogacy stopped again at Council of Europe. (Consultado 16 de marzo de 2019). Disponible en: <https://oneofus.eu/es/2016/10/surrogacy-stopped-again-at-the-council-of-europe/>

²⁷ BALAGUER, María Luisa, *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Madrid: Tecnos, 2017.

Además, hemos de destacar el artículo 15, referido a la integridad física y moral, en este caso, de las mujeres gestantes. Aquí nos encontramos con la renuncia de los derechos derivados de la filiación, la “entrega” del niño o niña que podrían vulnerarlo²⁸.

También juega un papel importante el art.18.1 con el derecho a la intimidad familiar; protección de la familia, 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, art. 39. También forma parte la protección a la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en acuerdos internacionales, art. 39.4.²⁹

1.3.2. Normativa civil y penal

1.3.2.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³⁰
El Código Penal español tipifica como delito la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona una hija o hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación.

Tal conducta es castigada con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.

En el número 2 del mismo precepto, se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega de la o el menor se hubiese efectuado en país extranjero.

1.3.2.2. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil³¹

Establece la patria potestad y responsabilidad sobre el hijo o hija a las madres que dan a luz, quien ha de ser su madre legal. También reconoce en su art. 6.2 que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos sólo será válida cuando no contraríen el interés u orden público ni perjudiquen a terceros.

²⁸ MARRADES PUIG, Ana. *La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos*. 2017, págs. 219-241.

²⁹ STS 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento de Derecho segundo, apartado cinco.

³⁰ ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, nº 281, 24 de noviembre de 2006.

³¹ ESPAÑA. Real Decreto-ley de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, nº 206, de 25 de julio de 1889.

Determina que podrán ser objeto de comercio las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras, art. 1271. Exigencia completada por el artículo 1275 CC impidiendo la producción de efectos de los contratos con causa ilícita.

El mayor problema es el de la filiación, para que los padres puedan ser reconocidos como tales hay dos posibilidades en España para la inscripción de los bebés nacidos en el extranjero -en base a la experiencia-.

1. La filiación por adopción, en la que la paternidad se adjudica al padre biológico y posteriormente, la madre o el padre realiza la adopción del “hijo de su pareja”, permitiéndose la inscripción en el Registro Civil, siendo previa la renuncia de la mujer gestante.
2. Filiación por sentencia judicial, en estos casos se celebra un juicio para la determinación de paternidad y maternidad. La resolución es reconocida en España gracias a la Instrucción de 2010 ³² que dictó la Dirección general de Registros y del Notariado, siguiendo unos requisitos ³³.

1.3.3. Normativa biojurídica

España regula la materia desde hace más de treinta años, por primera vez en el año 1988, al surgir nuevas posibilidades del concepto de familia, con la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción humana asistida; pero un tiempo después este campo evoluciona, por lo que llega la Ley 45/2003 por la que se modifica la anterior, y tres años después vuelve a suceder, nueva ley, ahora vigente: la Ley 14/2006 por la que se modifica la anterior, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

1.3.3.1. Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Al nacer el primer bebé probeta ³⁴ en Reino Unido se abre un mundo de posibilidades para la esterilidad e infertilidad, y es por ello que se aprueba la Ley 35/1988 de 22 de

³² ESPAÑA. *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. Boletín Oficial del Estado*, nº 243, 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805.

³³ SOSPEDRA FONTANA, Alejandro. *La gestación subrogada en España*. Trabajo fin de Grado, Universidad de Valencia, Valencia, 2018.

³⁴ El 25 de julio de 1978 nació el primer bebé probeta en Reino Unido, Louise Brown.

noviembre sobre TRHA³⁵, que no logró abarcar todas las posibilidades en su utilización, optando por una orientación a grandes líneas para que fuera la práctica jurídica la que desarrollase la materia. Aunque fue avanzada para aquellos tiempos contemplando incluso la fecundación post- mortem³⁶.

Aunque reconocía ya las controversias éticas y jurídicas, en su artículo 10 no acepta la gestación por sustitución, declarando nulo de pleno derecho el contrato de subrogación uterina, ya sea con o sin precio; establece que la filiación del hijo nacido por este método se haga en favor de la mujer que dé a luz, y también sanciona como una práctica muy grave este contrato.

Los grandes avances médicos supusieron que con el paso de los años se quedase desfasada, apareciendo nuevas situaciones que quedaron fuera de su alcance, lo que conlleva gran inseguridad jurídica.

1.3.3.2. La Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 32/1988³⁷

Se reforman los artículos 4 y 11 de la Ley anterior, la Ley 35/1988³⁸. Se presta atención a la responsabilidad tanto de los centros como de los usuarios para la eficacia de estas técnicas.

³⁵ ESPAÑA. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. *Boletín Oficial del Estado*, nº 282, 24 de noviembre de 1988.

³⁶ GONZÁLEZ QUINTERO, David. *La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social. En especial la maternidad por subrogación*. Trabajo de fin de máster, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.

³⁷ ESPAÑA. Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Boletín Oficial del Estado*, nº 280, de 22 de noviembre de 2003.

³⁸ Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 4. “Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.”

Artículo 11. “1. El semen podrá crioconservarse en Bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.

2. No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

3. Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años.

Algunos de los aspectos reformados son: el establecimiento del máximo de tres preembriones que se puedan transferir a una mujer en un ciclo, para reducir los partos múltiples y los riesgos que conllevan.

También hemos de destacar que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida manifestó desde su publicación, que debería ser reformada en un breve espacio de tiempo par adaptarla a las nuevas realidades.

1.3.3.3. La Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, por la que se modifica la Ley 45/2003 ³⁹

La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) en su artículo 10 declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se concierte una gestación, ya sea con compensación económica o sin ella, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación del niño, en favor de quien contrata; por lo tanto prohíbe los contratos de gestación subrogada en España. Si bien es cierto que no prohíbe acudir a otro país donde esté permitido, aunque podrán surgir problemas con la inscripción del menor como hijo de sus padres.

El apartado segundo establece que la filiación se determinará por el parto “mater semper certa est”, siendo así la madre legal del niño a todos los efectos ⁴⁰; por otro lado, el apartado tercero del artículo 10 sí que deja posibilidad de reconocer a estos niños por la reclamación de la paternidad o mediante la adopción. El autor Cerdà Subirachs sostiene que hay una legalización de facto por culpa de la falta de sanción, haciendo una “adopción express” contemplada en el artículo 176 CC ⁴¹.

4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.”

³⁹ ESPAÑA. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Boletín Oficial del Estado*, nº 126, 27 de mayo de 2006.

⁴⁰ Incluso en el supuesto de que la pareja contratante sea padres biológicos del bebé, la madre no tendrá derecho a reclamar la maternidad, pues el legislador ha situado a la maternidad de gestación por encima de la maternidad genética, ello fundado en la relación creada entre el bebé y madre gestante durante el embarazo.

⁴¹ CERDÀ SUBIRACHS, J., *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN*. Pg.2.

1.3.4. Otras disposiciones relevantes: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

El origen está en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 ⁴² que constituye un hito para la gestación por sustitución, fue una resolución transgresora. Ordenaba la inscripción en el Registro Civil de unos gemelos nacidos en California, que mediante Auto del encargado del mismo se denegaba. La pareja interpuso un recurso ante la DGRN que se estima.

La decisión se basó en el art. 81 Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 ⁴³ y que considera que la misión de la persona encargada del Registro Civil consular está limitada a realizar un control formal de legalidad de la decisión extranjera, sin entrar a valorar si el contenido de ésta se adecua o no al derecho positivo del ordenamiento jurídico español. Lo que se discute es si una inscripción en virtud de certificación registral extranjera podría acceder al Registro Civil en España. También hemos de añadir lo comentado antes, que la gestación subrogada no está expresamente prohibida.

Tal instrucción se dicta con objeto de ofrecer protección jurídica plena al interés superior del menor, permitiendo la inscripción del nacimiento en el extranjero en el Registro Civil si se solicita junto con una resolución judicial por el Tribunal competente en la que sea determinada la filiación. Esto sirve para controlar el cumplimiento de los requisitos, además de verificar que no haya tráfico de menores.

Como regla general, la resolución será objeto de exequátur según el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ⁴⁴, a no ser que hubiera tenido origen en un

⁴² ESPAÑA. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735).

⁴³ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

⁴⁴ Según lo dispuesto en el artículo 94 de la LEC, fuera de los casos contemplados en los tres artículos anteriores, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las siguientes características:

1. Que la ejecutoria haya sido dictada como consecuencia del ejercicio de una acción personal.
2. Que no haya sido dictada en rebeldía.
3. Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en la cual se haya dictado

procedimiento análogo a uno español en jurisdicción voluntaria, que será el encargado del Registro Civil el que controle si tal resolución podría ser reconocida en España, previo a la inscripción. Esta figura del exequátur parece complicada porque la resolución judicial extranjera no contendría pronunciamientos de ejecución, sino que se busca el reconocimiento de la misma, y es suficiente con solicitarlo.

El encargado del Registro Civil tendría entonces un “control incidental” cuando la resolución tenga origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, un control que sería incompleto según Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González ⁴⁵, porque no se incluye el orden público internacional y que sí que se tuvo en cuenta en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Tal control consiste en:

1. Comprobar la regularidad y autenticidad de la resolución extranjera y de todos aquellos documentos presentados al respecto para solicitar el reconocimiento de dicha inscripción.
2. Que el Tribunal extranjero se haya basado en criterios que fuesen equivalentes a la legislación española. Ciertamente es, que cuando un litigio es suscitado frente a tribunales extranjeros, éstos deberán aplicar “sus normas de competencia judicial internacional” y no las normas españolas.
3. Que los derechos procesales de las partes se hayan visto garantizados.
4. Que se haya producido una protección del interés superior del menor y de la madre gestante, luchando contra cualquier tipo de vulneración. Cuidado exhaustivo, especialmente, en cuanto al consentimiento otorgado por la madre gestante. Que éste haya sido libre, voluntario, sin error, dolo o violencia y que la misma tenga la capacidad jurídica y de obrar que se estime suficiente para el caso.
5. Que la resolución judicial dictada en el extranjero sea firme. También será importante observar que el consentimiento prestado sea de naturaleza irrevocable, o

para ser considerada como “auténtica” y aquellos requisitos que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.

⁴⁵ CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, N°1, ISSN 1989-4570, página 253.

si éste tuviera un plazo para poder ser revocado, que dicho plazo haya transcurrido sin que la revocabilidad haya sido ejercitada.

Además pide los siguientes requisitos para proceder a la correcta inscripción:

- Nacimiento en país donde la técnica estuviera regulada.
- Que uno de los padres sea ciudadano español.
- Exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución en relación con el padre biológico.
- Dicha resolución judicial extranjera, en caso de haber recaído en un procedimiento contencioso, debe haber obtenido previamente el exequatur en España (según las reglas de Derecho Internacional Privado).

Después de haber analizado la Instrucción es muy contradictoria al artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre TRHA que declara la nulidad de los contratos de gestación subrogada, y por su parte, da soluciones para las personas que lo hagan en el extranjero. Lo más coherente sería, a mi parecer, aceptar la nulidad total o bien, contemplar este negocio jurídico legalmente en España.

Esto deriva en que la Resolución de 2009 fue impugnada por el Ministerio Fiscal, se llegó al Tribunal Supremo que dictó la STS de 6 de febrero de 2014, que analizaré con detalle en el apartado siguiente. El procedimiento paraliza e incluso deniega las inscripciones a partir de ese momento, dejando como única opción la segunda que vimos, padre biológico acredita paternidad y la pareja adopta.

Respecto de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN surge casi de forma obligatoria para buscar solución a las nuevas situaciones.⁴⁶ Existe un descontento generalizado por la deficiencia en la aplicación de las normas españolas sobre gestación por sustitución, y aunque haya sido una Instrucción muy esperada, no ha calmado la tormenta, al contrario, “ha dado más alas a la tempestad científica sobre la cuestión. Ha

⁴⁶ ESPAÑA. *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. Boletín Oficial del Estado*, nº 243, 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805.

dejado, además, en una situación de desesperanza, descontento y abandono a los ciudadanos personalmente afectados por la misma”⁴⁷.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA 247/2014 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO⁴⁸

Es necesario destacar que no hay un marco normativo claro y definido, que es ambiguo, y que se le da muchísima importancia a la jurisprudencia como fuente de derecho. Los casos más importantes son: la sentencia de 15/09/2010 del juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia por la que revoca la decisión de la DGRN en base al principio de jerarquía normativa⁴⁹, la sentencia de 23/11/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10)⁵⁰ que confirma la sentencia anterior del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, la STS de 6/02/2014, recurso 247/2014⁵¹ que tiene una firme posición contraria a la gestación subrogada y que analizaré al detalle en este punto, las STS de 25/10 y 16/11 de 2016 para la unificación de doctrina⁵², y también los famosos casos Labessee y Mennesson con el TEDH.

La primera y única sentencia del TS sobre gestación subrogada internacional es con fecha de 6 de febrero de 2014. Este asunto ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

⁴⁷ CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, N°1, ISSN 1989-4570, página 248.

⁴⁸ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 10). *Sentencia núm. 247/2014 10 de 6 de febrero*.

⁴⁹ ESPAÑA. Juzgado de primera instancia de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 15). *Sentencia núm. 193/10 de 15 de septiembre*.

⁵⁰ ESPAÑA. Audiencia Provincial de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10). *Sentencia núm. 826-11 de 23 de noviembre*.

⁵¹ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 10). *Sentencia núm. 247/2014 10 de 6 de febrero*.

⁵² ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, PLENO). *Sentencia núm. 881/2016 de 25 de octubre*.

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, PLENO). *Sentencia núm. 953/2016 de 16 de noviembre*.

Iremos analizando punto por punto, así como las claves de este recurso de casación contra la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. Resumen de los hechos

Nos encontramos ante un matrimonio de dos varones españoles casados en 2005 que solicitan la inscripción de nacimiento de dos hijos en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos), nacidos allí el 24 de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. Los niños constaban inscritos en California y se adjuntó certificación registral.

2.1.2. Soluciones en primera instancia

Hemos de recordar aquí la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 ⁵³ en la que se considera que una certificación registral californiana es título válido para la inscripción en el Registro Civil español, sin necesidad de sentencia judicial sobre la filiación. Por lo tanto, la DGRN ordena practicar tal inscripción registral.

La DGRN entendió que era posible trasladar la filiación al Registro Civil español, teniendo en cuenta los arts. 81 y 85 RRC ⁵⁴ que exigen ciertos controles y, especialmente, el respeto del orden público.

⁵³ ESPAÑA. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735).

⁵⁴ Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado* núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.

Artículo 81 “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

Artículo 85 “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”.

Posteriormente interviene el Ministerio Fiscal del juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia (lugar de residencia de los padres) impugnando dicha resolución de 18 de febrero de 2009, alegando que infringía directamente el art. 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y que la filiación será determinada por el parto, además de la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico⁵⁵.

Los tribunales valencianos estiman tal impugnación; La abogacía del Estado, que representaba a la DGRN en este proceso, no parece que desarrollara un papel muy beligerante en la defensa de la posición de la DGRN. En estos procesos del Estado español (= Ministerio Fiscal) contra el Estado español (= DGRN) ganó, lógicamente, el Estado español y en concreto, la posición defendida por el Ministerio Fiscal ⁵⁶.

En tercer lugar, nueva pronunciación de la DGRN con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ⁵⁷, esclareciendo que para la inscripción era preciso sentencia o resolución judicial extranjera acreditando la filiación y garantizando la renuncia de la mujer gestante. Impacto positivo en la práctica registral.

2.1.3. Soluciones en apelación

Los padres interpusieron recurso de apelación contra la sentencia (no así la DGRN). La Audiencia provincial desestima el recurso y confirma, de manera íntegra y sin cambios, las soluciones dadas en primera instancia ⁵⁸.

⁵⁵ ESPAÑA. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Boletín Oficial del Estado*, nº 126, 27 de mayo de 2006.

⁵⁶ Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California; a cargo de: Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Instituto Alonso Martínez, de Justicia y Litigación, Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia. (Consultado 3 de mayo 2019) Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013

[25 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California](#)

⁵⁷ ESPAÑA. 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. *Boletín Oficial del Estado*, nº 243, 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805.

⁵⁸ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 10). *Sentencia núm. 247/2014 10 de 6 de febrero*.

2.2. MOTIVOS DE CASACIÓN ALEGADOS

Este recurso de casación se planteó en torno a un único motivo: “Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”⁵⁹.

La pareja argumenta esto con fundamentos:

- a) Principio de igualdad. Consideran que resulta discriminatorio no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación en favor del matrimonio homosexual.
- b) Vulneración del interés superior del menor. En primer lugar porque se considera que perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; en segundo lugar, los varones, quienes han dado su consentimiento para ser padres, son los mejores padres para sus hijos, frente a la mujer gestante que cumplió su parte de contrato, gestarlos y entregarlos; y por último, los niños tienen derecho a una identidad única.
- c) No contradicción del orden público internacional español con el reconocimiento de la filiación de la certificación registral. Alegan que si bien es cierto que en España el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, sí que se permitía inscribir una filiación cuyo origen esté en este tipo de contrato (refiriéndose al art.10.3 LTRHA: *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*)⁶⁰.

2.3. ARGUMENTOS PARA DENEGAR LA CASACIÓN

El TS desestima el único motivo alegado que acabamos de ver, en el que se alega infracción del art.14 CE por vulneración del principio de igualdad en relación con el

⁵⁹ Fundamento de Derecho Segundo de la STS 247/2014, página 6.

⁶⁰ TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit., pág. 10: La STS de 6 de febrero de 2014 al aplicar el art. 10 LTRHA cae en la misma contradicción que guarda dicha norma, pues en su párrafo tercero da cobertura para defraudar el espíritu que justifica su consecuencia jurídica y a pesar de considerar nulos los contratos de gestación por sustitución por inmorales, ofrece el cauce jurídico idóneo para poder inscribir la filiación de los así nacidos a favor de los comitentes, con lo que más que disuadir contribuye al fomento de este tipo de gestación.*

derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores. Y lo fundamenta así:

2.3.1. Respeto al orden público internacional español.

El TS entiende que la técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino que es una cuestión de reconocimiento de la decisión de una autoridad extranjera.

Este enfoque constituye uno de los aciertos totales del TS según la crítica, puesto que es una cuestión de validez extraterritorial de decisiones, no se trata de fijar la filiación de los menores, sino de decidir si una filiación ya acreditada podría producir efectos jurídicos en España ⁶¹.

Para que se pudiese reconocer, ha de cumplir dos requisitos conforme el art. 23 de la Ley del Registro Civil ⁶². En primer lugar el registro ha de tener garantías análogas a las exigidas para la inscripción en la Ley española respecto de los hechos de los que da fe, y de ello el TS no tiene ninguna duda. El segundo dice que el hecho ha de respetar la legalidad conforme a la ley española. Este orden público, dice la sentencia, está integrado por *“el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”* ⁶³.

Por lo tanto, el límite al reconocimiento de las decisiones extranjeras está en el cumplimiento o incumplimiento del orden público internacional, que está integrado por los derechos fundamentales y los principios del Título I de la CE por regular las notas fundamentales de la familia y, a su vez, las relaciones paternofiliales. Por lo tanto, es

⁶¹ Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California; a cargo de: Comentario a cargo de: Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación, Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia. (Consultado 14 de mayo 2019) Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25
[Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California](#)

⁶² BOE núm. 151 de 10 de junio de 1957. Ley de 8 de junio de 1957 sobre el registro Civil.

⁶³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero.

preciso un perfecto encaje con el citado orden público internacional español, pero no sería necesario que siga todas las normas sustantivas españolas, no puede entenderse como absoluta⁶⁴. Según expertos en la materia, este ha sido uno de los distintos aciertos que el TS hizo en la sentencia⁶⁵.

La razón que justifica la denegación de la inscripción es precisamente el respeto a la dignidad personal. Si bien se acepta que, junto al hecho biológico, puedan existir otros vínculos como por ejemplo la adopción o la fecundación con contribución del donante, no se acepta la vulneración de la dignidad tanto de la mujer gestante como de la del niño, mercantilizando y cosificando, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se podrían encontrar determinadas mujeres y creando una especie de “ciudadanía censitaria”, diferenciando entre quiénes tienen recursos económicos y quiénes no⁶⁶.

Pero finalmente da una oportunidad recordando que la LTRHA deja a salvo la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

He de añadir que algunos autores⁶⁷ han hablado de que, en este asunto, debería darse un orden público atenuado. Pero el TS es muy tajante: *la intensidad de tal atenuación es menor, cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.*

Con ello, lo que el TS quiso esclarecer era que no siempre el orden público internacional español tenía el mismo grado de atenuación, sino que se debe atender al caso concreto.

⁶⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento jurídico tercero, números tres y cuatro.

⁶⁵ Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California; a cargo de: Comentario a cargo de: Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación, Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia. (Consultado 12 de mayo 2019) Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25
[Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California](#)

⁶⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento jurídico tercero, número seis.

⁶⁷ Entre ellos se puede encontrar por ejemplo a: JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013. (RJ 2014, 736)", *op., cit., pág.413*.

En este caso, los vínculos que tenían los recurrentes eran intensos por lo que el orden público internacional español se tenía que atenuar en menor grado.

2.3.2. Inexistencia de discriminación sexual por razón de sexo u orientación sexual.

La pareja considera que la posibilidad de inscripción de filiación en favor de dos mujeres (por tratamiento de reproducción asistida y su cónyuge), resulta discriminatorio para ellos, que se les niega ⁶⁸. Para el TS no es válido porque los argumentos de la sentencia recurrida nada tienen que ver con que sean dos varones, sino en la causa, una gestación por sustitución contratada en California. La respuesta hubiese sido la misma en caso de otro tipo de pareja, ya sea heterosexual, homosexual de mujeres, persona sola, etc. ⁶⁹.

2.3.3. El interés superior del menor.

Aquí los recurrentes sostienen que la mujer que da a luz a sus hijos se limita a cumplir su parte del contrato, y que ellos mismos, quienes han prestado consentimiento para ser padres, son los mejores padres que estos niños pueden tener. Además afirman que el menor tiene derecho a una identidad única por encima de las fronteras estatales.

El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general susceptible de concreción, que, por su naturaleza, es “esencialmente controvertido”.

El TS entiende que la aceptación de estos argumentos llevaría a la admisión de la filiación en países desarrollados, en favor de familias en buena situación económica que les haya sido entregado un niño de familias desestructuradas, y que tengan interés en él. Esta invocación indiscriminada de tal principio haría tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos, por lo tanto, esto no puede ser aceptado ⁷⁰.

⁶⁸ ESPAÑA. Audiencia Provincial Valencia (Jurisdicción Civil) Sentencia núm. 949/2011. Fundamento Jurídico Cuarto: (...) *en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula.*

⁶⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento jurídico cuarto.

⁷⁰ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional" *Cuadernos de derecho transnacional.*

Estos bienes jurídicos se corresponden principalmente con la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación ⁷¹.

Si bien es cierto que el no reconocimiento de la filiación puede suponer un perjuicio para los menores, pero es que de lo contrario, atentaría contra su dignidad al convertirlo en objeto de tráfico mercantil. La clave está, según el TS, en realizar una ponderación adecuada ⁷².

Sin embargo, nos encontramos aquí con uno de los principales errores de esta sentencia, según la crítica, ya que este principio se recoge en textos legales con una clarísima preferencia aplicativa sobre la Ley 14/2006, se considera un “principio superior”. Véase el art. 3.1 CDN que expresa que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. El TS parece olvidar que este principio debe prevalecer sobre cualquier otro a la hora de configurar el contenido del orden público internacional español, como digo, según dos catedráticos de Derecho Internacional Privado, Caravaca y Carrascosa González.

2014, *op., cit.*, pág. 12: *Seguramente el argumento que con mayor fuerza puede impactar en la sensibilidad del ciudadano es el de la falta de igualdad económica de las partes. (...) Con todo, quizás el contrato de maternidad subrogada no sea el objeto más apropiado para tener in mente cuando se piensa en un esquema de contratación entre iguales, pues es un contrato en el que una de las partes siempre es una mujer, mientras que ese factor –el del género– es variable respecto del/los comitente/s, es decir, el/los padre/s intencional/es.*

⁷¹ DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit.*, pág. 4: *Es decir, mientras que en la línea jurisprudencial anterior se otorgaba prioridad al ISM que debería primar siempre sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; ahora queda como «una consideración primordial» a la que hay que atender junto a otras consideraciones primordiales en atención a los bienes jurídicos en juego y sobre los que habrá que ponderar. Evidentemente el matiz es diferente, pues en un caso se trata como «la consideración primordial» y en el otro como «una consideración especial», y esto evidentemente tiene importantes consecuencias jurídicas pues puede implicar cuestionar toda la construcción jurisprudencial que hasta ahora se ha formulado sobre esta materia.*

⁷² ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento jurídico quinto.

Miguel Sáez-Santurtún Prieto, por su parte, sostiene que el interés superior del menor ha de estar por encima de todo. Es cierto que el concepto puede ser indeterminado, pero en su aplicación como derecho fundamental debe ser aplicado tanto por la legislación nacional como por los juzgadores. Por lo tanto, se debe aceptar la práctica de la gestación por sustitución y la inscripción de la filiación respecto a esos padres intencionales pensado en el interés del menor, pues al negárselo “se les estaría situando en un limbo jurídico de difícil solución para el menor y para la sociedad”⁷³.

También, encontramos el artículo de Iván Heredia Cervantes como crítica a la sentencia reseñada. En cuanto al interés superior del menor, dice “el modo en que la sentencia concreta el interés superior del menor resulta, cuanto menos, pintoresco. Y es que, pese a que el TS reconoce que la privación de la filiación a los menores podría suponerles inconvenientes, entiende que por encima de los perjuicios que éstos pudieran sufrir, debe garantizarse el respeto a su dignidad. Es decir, el Tribunal antepone “la dignidad del menor” al reconocimiento de su filiación por parte de nuestras autoridades registrales y, por tanto, a su posible desamparo. Resulta difícil negar la sorpresa ante esta forma de defender los intereses del menor, máxime cuando, tal y como ha señalado con acierto S. Álvarez González “la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño”. Todo ello porque vemos en la STS antepone la dignidad del menor al reconocimiento de su filiación”⁷⁴.

2.3.4. No se vulnera el derecho a una identidad única del menor.

Según el TS, este no es un caso de vinculación efectiva con dos Estados, que serían España y Estados Unidos, porque los padres acudieron única y exclusivamente por ser

⁷³ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014, *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 de abril de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley.

⁷⁴ HEREDIA CERVANTES I. , “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. Crónica de un desencuentro”, *Revista 54 Opinión, El Notario del Siglo XXI*, de 9 de abril de 2014.

legal realizar este tipo de contrato, siendo en España nulo de pleno derecho. No se ve riesgo real de vulneración de identidad única ⁷⁵.

2.3.5. *No existe vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar*⁷⁶.

El TS considera justificada la injerencia en el ámbito de vida familiar por la denegación del reconocimiento de la filiación, al cumplirse los dos requisitos que deben darse según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en la sentencia de 28 de junio de 2007, en el caso Wagner y otro contra Luxemburgo ⁷⁷: que esté prevista en la Ley pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional, y que sea necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el interés del menor y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación” ⁷⁸.

2.3.6. *No hay desprotección de los menores.*

En el último apartado se acepta que la decisión puede causar inconvenientes a los niños, pero no quedarían desprotegidos ni serían enviados a un orfanato en Estados Unidos.

Para esta protección pretendida hay que partir de las leyes y convenios aplicables en España, e invoca doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando interpretan

⁷⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento jurídico quinto, punto nueve.

⁷⁶ Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. (Consultado 13 de mayo 2019).

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2007. Asunto C-73/06. (Consultado 13 de mayo 2019). Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d542f85bac2e074cb2a3ef8bc3abe558bc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNb0?docid=61694&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=421458>

⁷⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento jurídico quinto, punto diez.

el art. 8 del Convenio (caso Wagner y contra Luxemburgo ⁷⁹) considerando que allí donde está establecida una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar la protección jurídica que haga posible la integración del niño con la familia. Esta calificación de “familia” es otro de los aciertos y que el TS considera, merece protección del sistema jurídico español, como lo indica el art. 39 CE ⁸⁰.

Se tiene en cuenta que no se ha probado que alguno de los comitentes aportase los gametos, pero estima que, si tal núcleo familiar existe y los menores tienen relaciones familiares “de facto”, permitiendo el desarrollo y la protección de estos vínculos. También apunta que el propio art. 10 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, existiendo las figuras jurídicas del acogimiento familiar y de la adopción ⁸¹.

En este punto hay una discrepancia, y es que Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, ambos Catedráticos de Derecho Internacional Privado consideran que son *falsas soluciones*:

- La de reclamación judicial de la paternidad por el progenitor biológico, que indican perjudica al menor porque: 1) No se puede obligar a ejercitar tal reclamación, y en consecuencia si no se produce, el niño quedaría sin padres; 2) Se produce una gran incerteza jurídica en el transcurso de la acción judicial.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2007. Asunto C-73/06. (Consultado 13 de mayo 2019). Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d542f85bac2e074cb2a3ef8bc3abe558bc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNb0?docid=61694&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=421458>.

⁸⁰ Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California; a cargo de: Comentario a cargo de: Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación, Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia. (Consultado 12 de mayo 2019) Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25
[Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California](#)

⁸¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fundamento jurídico quinto, punto once.

- Tanto la adopción como el acogimiento familiar se descartan como solución jurídicamente correcta desde el interés del menor porque: para empezar, el resultado que se alcanza con ello es el mismo que con el reconocimiento en España de la filiación californiana del niño, por lo tanto, no es mejor. Además, la posible adopción o acogimiento no sería reconocida en Estados Unidos porque ya son considerados padres, entonces en España sería adoptado y allí hijo natural, entonces el derecho a la vida privada y a una identidad personal resultarían dañadas. También se ha de valorar, igual que en la reclamación judicial, que nadie puede ser obligado a ello, ¿y si cambian de opinión? El Estado no podría garantizar que la adopción vaya a producirse ⁸².

2.4. FALLO DE LA SENTENCIA DEL 247/2014 TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO.

Finalmente, se desestima el recurso de casación que el matrimonio presenta contra la SAP de 23 de noviembre de 2011 por todos los motivos anteriormente expuestos.

Además, se incorpora un punto tercero en el fallo de la sentencia instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los menores y su protección, teniendo en cuenta la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto” ⁸³.

En cuanto a su valoración, según el punto de vista podemos ver tres opiniones distintas pero lo que hay en común es que se considera que marca el fin de una larga historia ⁸⁴.

⁸² Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California; a cargo de: Comentario a cargo de: Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación, Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia. (Consultado 14 de mayo 2019) Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25
[Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California](#)

⁸³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Fallo, punto tercero.

⁸⁴ FULCHIRON, Hugues, y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH

- a) Se puede ver como un intento de conciliación entre la legalidad vigente en España en materia de filiación, y la protección frente al posible desamparo de los niños nacidos de este tipo de contrato.
- b) También podría ser una solución insuficiente, porque a pesar de que el ordenamiento jurídico español no pueda aceptar inscripciones contrarias al orden público internacional, señala el camino que han de seguir los padres en España para tener un hijo por gestación subrogada; aunque en un principio se les deniegue tal inscripción de la filiación, es cierto que podrán reclamar la paternidad biológica basándose en el art. 10 LTRHA. Distinto y más complicado sería en el caso de mujeres solas.
- c) Por último, otros entenderán que hay una extralimitación denegando la inscripción de la filiación en España conforme a lo que establecen las autoridades extranjeras ya que, como dice el voto particular que ahora veremos, aplica incorrecta y arbitrariamente el orden público internacional y desconoce el principio del interés superior del menor ⁸⁵.

2.5. VOTO PARTICULAR

Como se ha señalado, la sentencia fue aprobada con cinco votos contra cuatro, de los cuales un magistrado formuló un voto discrepante y los otros tres, se adhieren ⁸⁶. Ocurre en torno a tres aspectos:

2.5.1. Acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California. Partimos de que los magistrados coinciden en que la técnica jurídica aplicable es la del reconocimiento de decisiones y no la del conflicto de leyes. Entendieron que no hay problemas sobre la ley aplicable, pues la certificación ya es

(Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2015 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.

⁸⁵ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017. (Consultado 12 de mayo 2019) Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

⁸⁶ Se formuló por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana. Se añadieron los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

conforme a la ley californiana ⁸⁷, sino que se trata del reconocimiento de la certificación registral extranjera en España; y además, determinar si tal certificación es contraria al orden público, o no ⁸⁸. Conforme al art. 81 del RRC, el documento permitiría la inscripción sin necesidad de controlar su legalidad conforme la Ley española, es por ello que entiende que no es aplicable el art. 10 LTRHA porque la filiación ya está determinada. El contrato no podría ser la causa de denegación del reconocimiento ⁸⁹.

2.5.2. *No vulneración del orden público*. Desarrollado en varios apartados:

- a) En primer lugar, se insiste en que el objeto del asunto es determinar el reconocimiento o no de la decisión extranjera, cuando ésta es válida en la normativa de otro Estado. Aseguran que no se ha de controlar la legalidad del contrato en este caso.
- b) Consideran que no se vulnera la dignidad de la mujer gestante, no hay mercantilización de la filiación por:
 - i. *Supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso.*
 - ii. *No se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante.*
 - iii. *El consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias.*
 - iv. *Tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que*

⁸⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Segundo apartado del voto particular: (...) *se habría aplicado correctamente el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil en el sentido de que el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana.*

⁸⁸ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2014 parte Estudios. Ed. Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2014.

⁸⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Apartado segundo, punto primero del voto particular.

*se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica*⁹⁰.

- c) Además, la tendencia del derecho comprado va hacia la regulación y flexibilización, por ejemplo, con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que autoriza la inscripción en el Registro Civil, si los hijos nacen en países cuya normativa lo permita y al menos uno de los padres sea español. Ponen ejemplos de prestaciones por nacimiento de hijo con este tipo de reproducción ⁹¹.
- d) La vulneración del orden público internacional se tiene que comprobar caso por caso, y los Tribunales españoles decidirán si los efectos de la resolución extranjera contrarían los principios constitucionales ⁹².
- e) La sentencia con la que hay discrepancia tutela la excepción del orden público de forma preventiva. Sería obligación del legislador el establecimiento de un marco legal que garantice los derechos de todas las partes ⁹³.

2.5.3. Afeción grave del interés superior del menor.

La situación jurídica incierta o el “limbo jurídico” ⁹⁴ en el que quedan los menores tras instar al Ministerio Fiscal que lleve a cabo las acciones oportunas para que se determine correctamente la filiación, aseguran los magistrados afecta de forma grave al interés superior del menor. Entienden que este principio se ha de proteger de forma prioritaria,

⁹⁰ ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Apartado segundo, punto tercero del voto particular.

⁹¹ Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, confirmada por la Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012; Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo 2013, y Sentencia TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012.

⁹² ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero. Apartado segundo, punto tercero del voto particular.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ En esta misma línea: LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”. *Tribuna de Actualidad*, 2014, vol. 2, págs. 43 a 50, pág. 46: *En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.*

incluso aunque implicase no sopesar el orden público. Autores como De Torres Perea apoyan este enfoque ⁹⁵.

De este modo, los magistrados con el voto particular piden el mantenimiento de la inscripción acordada en la Resolución de 18 de febrero de 2009, de haberse producido, implicaría la revocación de la SJPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, y también, la SAP de 23 de noviembre de 2001.

3. LA GESTACIÓN SUBROGADA ANTE LAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN. CUESTIONES A DEBATE

Estamos ante una situación desafortunada -desde el principio de seguridad jurídica- que ha intentado resolverse a través de tres propuestas que se han hecho públicas en materia de maternidad subrogada en España. Existen otras que no han sido documentadas y sólo parecen voces de intención.

Quiero destacar la propuesta del grupo socialista de 2016 cuando la Asamblea de la Comunidad de Madrid debatió sobre la regulación de la gestación subrogada, proponiéndose: “instar al Gobierno español e instar a las Cortes Generales a constituir una subcomisión de estudio con el objeto de abrir un espacio de reflexión y de decisión para proponer reformas legales sobre la gestación subrogada dentro de nuestro país, garantizando en todo caso los derechos reproductivos, los derechos de las mujeres y los derechos de filiación y nacionalidad de los menores afectados, particularmente, con

⁹⁵ DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit., pág. 7: Además si analizamos la solución aportada por la sentencia comentada desde la perspectiva del ISM — que consiste en hacer prevalecer su interés sobre los demás concurrentes en el caso concreto— resulta que la vía indirecta deja desprotegido al menor y en una situación notablemente peor a la que tendría de haberse seguido la vía directa. De haberse seguido una vía directa, se hubiese reconocido el procedimiento seguido en el país de origen y por tanto los comitentes quedarían vinculados por el consentimiento inicialmente otorgado al contratar con carácter previo la maternidad por sustitución. Dicho consentimiento es irrevocable y determina la relación paterno-filial entre los comitentes y el menor que nazca. Sin embargo, al no haberse admitido dicha vía indirecta resulta que los comitentes quedan desvinculados del menor, y en caso de arrepentimiento podría darse el caso de que el menor quedase desprotegido, al menos respecto al miembro de la pareja que no fuera progenitor biológico que podría optar por negarse a adoptar al menor a posteriori.*

respecto a los países extranjeros y, específicamente, medidas contra el tráfico de seres humanos y el abuso contra las mujeres en el marco de la gestación subrogada”⁹⁶.

Estas tres son:

- En abril de 2016 se publica la Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución aprobada el 15 de diciembre de 2015 por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad.⁹⁷
- El 20 de abril de 2017 se presenta a través de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) la Proposición de Ley de Gestación Subrogada promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España⁹⁸.
- El 27 de abril de 2017, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos registra en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Esta proposición de Ley es admitida y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2017⁹⁹.

Si bien presentan un gran paralelismo entre ellas, también hay matices muy diferenciados que veremos y compararemos a continuación. Los temas a tratar son en primer lugar el objeto de las propuestas, los principios rectores y definiciones generales, luego cómo se trata la gestación, en tercer lugar hablaremos de la mujer gestante, de la otra parte que es la subrogada, del contrato, cómo se haría la determinación de la filiación en cada una de las propuestas, eventual premoriencia de los progenitores, el posible Registro Nacional

⁹⁶ Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid, n.166, 17 de marzo de 2016, p.9272.

⁹⁷ Sociedad Española de Fertilidad. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica. *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*. 2016. (Consultado 7 de abril de 2019) Disponible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>

⁹⁸ Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España. *Proposición de ley de gestación subrogada*. 2017. (Consultado 8 de abril de 2019). Disponible en: http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf

⁹⁹ ESPAÑA. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017, pp. 1-12. (Consultado 8 de abril de 2019). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

de Gestación por Sustitución, los centros sanitarios o agencias intermediarias, y por último infracciones y sanciones.

3.1. OBJETO DE LA PROPUESTA, PRINCIPIOS RECTORES Y DEFINICIONES

El objeto de la propuesta es común en todas y se identifica con la voluntad de regulación, pero en el caso del Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (Bases Generales en adelante) puntualiza que sin pronunciarse a favor o en contra. La proposición de Ley de Gestación Subrogada a través de Iniciativa Legislativa Popular (ILP en adelante) promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España dice garantizará los derechos de todos los intervinientes, y en el caso de Ciudadanos (PLC en adelante) lo considera un derecho.

En cuanto a los principios que regirían esta práctica, se tratan de forma distinta: el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad lo considera un recurso excepcional y que ha de estar justificado en todo caso (Introducción&5), en la ILP no se pronuncian, y en la propuesta de Ciudadanos está inspirada en los principios de dignidad, libertad, solidaridad, igualdad, protección integral de los hijos, de las mujeres, madres y padres (PLC, art.2).

Terminamos con las definiciones que nos aportan, aquí encontramos muchas similitudes entre la Asociación por la Gestación subrogada en España (ILP, art.1) y la propuesta de Ciudadanos (PLC, art.3), son cuatro y casi idénticas; la definición de «gestación por sustitución» se define en ambas como la técnica o gestación por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquier técnica de reproducción asistida y dar a luz al hijo o hijos de otras personas. También señalan el significado de «mujer gestante por subrogación» que es la mujer que acepta someterse a estas técnicas con objeto de dar a luz al hijo del subrogante o subrogantes sin que se establezca vínculo genético, en las dos propuestas se puntualiza la no aportación de material genético; para «progenitor o progenitores subrogantes» se define como la persona o personas que acceden a la paternidad o maternidad mediante gestación por sustitución, y en la ILP dice que “aportando o no su propio material genético”, pero Ciudadanos puntualiza “aportando su propio material genético”. Para «contrato» ambos lo definen como documento público por el que se acuerda la subrogación.

En cambio, el Grupo de Ética y Buena Práctica ya se distingue porque sólo aporta dos, y muy escasas. Define la «parte subrogada» como pareja, mujer u hombre que encargan la gestación por sustitución y serán los padres cuando nazca el niño y «gestante» como la mujer embarazada por cuenta de la parte subrogada (Bases generales&1), sin hablar en ningún momento del aporte del material genético por ninguna de las dos partes, aunque lo hará más adelante.

3.2. REQUISITOS DE LA GESTACIÓN

En este punto también encontramos partes en común entre la ILP (ILP, art.2) y Ciudadanos (PPC, art.4), pues ambas exigen que se realizará sólo cuando haya posibilidades razonables de éxito, y cuando no suponga riesgo grave para la salud, o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de la mujer. Además, contemplan que las técnicas auxiliares se llevarán a cabo según lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Sin embargo, el Grupo de Ética y Buena Práctica nos especifica aquí lo que vimos anteriormente en las definiciones, el aporte o no del material genético, y es que considera “recomendable” la aportación de gametos por al menos una de las partes subrogantes, y respecto de la mujer dice no puede aportar el óvulo para evitar cualquier vínculo genético (Bases generales&4). Además, nos habla de un máximo de dos embriones a transferir, de obligatoriedad de apoyo psicológico tanto en el embarazo como después del parto (Bases generales&3), y de seguro médico para posibles complicaciones, que también será requisito para Ciudadanos, siendo a cargo de los progenitores (PPC, art.5), y la ILP, lo cuantifica en un millón de euros (ILP, art. 3.5).

3.3. LA MUJER GESTANTE

Aquí nos encontramos con cuatro cuestiones en las que las tres coinciden completamente, y son: que la mujer gestante ha de tener plena capacidad de obrar, buen estado de salud psicofísica, buena situación económica y consideran necesario haber tenido algún hijo propio.

Otros puntos coincidentes se identifican con la nacionalidad o residencia en España entre Ciudadanos (PLC, art.7) y la ILP, pero esta última puntualiza “durante los dos años anteriores” (ILP, art.3); también Ciudadanos y el Grupo de Ética y Buena Práctica dicen sería obligatorio que la mujer se sometiese a evaluaciones psicológicas y médicas y su plena disposición y disponibilidad.

Existe una discrepancia entre las propuestas de la ILP que considera que la mujer podrá tener o no, cualquier clase de vínculo con los progenitores (ILP, art. 3), y en cambio, Ciudadanos (PLC, art.4) y el Grupo de ética y Buena Práctica (Bases Generales&6) niegan tajantemente esta posibilidad.

El requisito de la edad también es distinto en las tres, puesto que el Grupo de Ética y Buena Práctica (Bases generales&2) pone la mínima en 18 años como en la ILP (ILP, art.3) pero también una máxima en los 35, cosa que esta última no especifica. En el caso de Ciudadanos es diferente, las mujeres han de ser mayores de 25 y como tope, menor de la edad para la que se fije una gestación con éxito (PLC, art.7).

Respecto de los temas que sólo se tratan en una de las propuestas y no en las otras, tenemos el estudio preconcepcional y aceptación del compañero sentimental, si lo hubiese, de la mujer, en el Grupo de Ética y Buena Práctica (Bases generales&5); y Ciudadanos introduce la necesidad de que no haya sido mujer gestante en más de una ocasión, y la carencia de antecedentes penales (PLC, art. 7).

3.4. PARTE SUBROGADA

Como requisitos de los subrogantes en la ILP y Ciudadanos, están la obligación de haber agotado previamente o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida, en caso de parejas han de estar unidas por vínculo matrimonial o equivalente, deberán ser españoles o con residencia legal, de dos años para la ILP, y ésta última dice que se harán cargo del niño o niños inmediatamente después del parto (ILP, arts. 2 y 4) (PLC, art. 8).

En el Grupo de Ética y Buena Práctica se habla de valoración y asesoramiento con entrevistas y test, similar a Ciudadanos que exigen la acreditación de capacidad, aptitud y motivación para la responsabilidad parental.

Sólo el Grupo de Ética y Buena Práctica apunta causas de exclusión que son: adicciones, antecedentes de abusos, desacuerdos importantes con la mujer gestante, o edad superior a la establecida para las técnicas de reproducción asistida (Bases Generales&2). Y sólo Ciudadanos establece edad para la parte subrogada y es entre 25 y 45 años (PLC, art. 8).

3.5. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA

Lo más importante de este contrato, por la controversia, es la gratuidad o no del mismo. Coinciden aquí las tres propuestas documentadas en España, en que no habrá pago, no tendrá carácter lucrativo ni comercial, sino únicamente una compensación resarcitoria por

las molestias físicas, gastos médicos y lucro cesante, que será a cargo de los progenitores, y la Administración Pública fijará las bases (Bases generales&7) (ILP, art.3) (PLC, art. 5). Sólo la Asociación por la Gestación Subrogada en España hace referencia a la exención de IRPF para estos pagos (ILP, art.3.3). Referente a la seguridad jurídica vuelven a coincidir, Ciudadanos y la ILP optan por hacerlo ante notario, y el Grupo de Ética y Buena Práctica nos habla de necesaria aprobación judicial (PLC, art. 9) (ILP, art.6).

Respecto a la interrupción del embarazo es la propuesta de Ciudadanos la única que no se pronuncia, pues las otras dos consideran que la mujer mantiene su autonomía y podría adoptar la decisión libremente, en el caso de la ILP especifica la obligación de devolver la cantidad que hubiese recibido más una indemnización por daños y perjuicios, además de excluirse del Registro Nacional (ILP, art. 5.3).

Las cuestiones distintas de las que sólo habla una y no el resto son: el Grupo de Ética y Buena Práctica considera necesario un informe preceptivo y vinculante del Comité Ético para ver la situación del futuro bebé (Bases generales&8) ; deja a la decisión de las partes el anonimato, o no, de la relación (Bases generales&10); y por último muy relevante, dice que la mujer no se podrá negar a la entrega del recién nacido (Bases generales&11). En caso de Ciudadanos habla de un certificado del Registro Nacional de Gestación Subrogada, que veremos más adelante, donde conste que la mujer cumple los requisitos para ser gestante, además de la inscripción del contrato en dicho registro. Puntualiza la prohibición de este tipo de contratos cuando exista relación de subordinación económica (PLC, art. 9).

3.6. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Este tema sólo ha sido tratado por la ILP y por Ciudadanos, las exigencias son exactamente las mismas: ambos dicen se regulará por las leyes civiles y en ningún caso se establecerá la filiación entre la mujer gestante y el niño. Respecto del Registro Civil, los progenitores son los encargados de promover la inscripción, con copia del contrato, inscripción que no podrá reflejar datos de los que se pueda inferir la generación. Y por último, una vez producida la transferencia embrionaria no se podrá impugnar la filiación del hijo o hija (ILP, arts. 7 y 8), (PLC, art. 11).

3.7. LA POSIBLE PREMORIENCIA

Aquí como en el punto anterior tenemos datos de la ILP y de Ciudadanos, porque el Grupo de ética y Buena Práctica no toca este tema.

En caso de premoriencia de uno de ellos, no podrá determinarse la filiación entre el hijo y la persona fallecida cuando no se haya producido la transferencia embrionaria. No obstante, existiría una opción de prestar consentimiento para que se pueda utilizar es material genético dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento, de forma que habría filiación en su favor.

Si la premoriencia fuese de ellos dos subrogantes o del subrogante único, se mantendría su validez, siendo obligadas a la inscripción las personas herederas.

Ambas iniciativas legislativas lo regularían de esta manera, no tienen ningún punto discordante. (ILP, arts. 9 y 10), (PLC, arts. 13 y 14).

3.8. EL REGISTRO NACIONAL DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

Las tres propuestas instaurarían un Registro Nacional, pero una de ellas con objetivo distinto, y es el Grupo de Ética y Buena Práctica el que plantea la finalidad de “controlar” las veces que lo hace cada mujer para evitar su reiteración y el peligro para la salud (Bases generales&12).

En la ILP y Ciudadanos abordan el tema desde el punto de vista de la inscripción de las mujeres que deseen ser gestantes y que además cumplan los requisitos, debiéndose inscribir también los contratos. La competencia para su organización y funcionamiento será del Gobierno. Estaría adscrito al Registro Nacional de Donantes en la iniciativa de Ciudadanos. (ILP, art. 11) (PLC, arts. 15 y 16).

3.9. CENTROS SANITARIOS / AGENCIAS INTERMEDIARIAS

La ILP y el Grupo de ética y Buena Práctica hacen referencia a la publicidad de éstas, que no podrán alentar a la práctica con supuestos beneficios económicos, respetando el carácter altruista; y es este último quien se refiere a que deberán ser obligatoriamente sin ánimo de lucro, (ILP, art. 3) (Bases generales&13).

Respecto de Ciudadanos se aparta un poco de esta línea y advierte sobre que estos centros tendrán la consideración de servicio sanitario, que han de cumplir con lo dispuesto en la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, y además han de estar inscritos en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación (PLC, arts. 17 y 18).

3.10. INFRACCIONES Y SANCIONES

Este tema es abordado sólo por el grupo parlamentario Ciudadanos, siendo la nota distintiva con las demás propuestas, regula todo un elenco de normas, medidas cautelares, infracciones que se califican como leves, graves o muy graves, sanciones, responsables y su prescripción.

Las infracciones leves serían aquellas que no estén tipificadas como graves o muy graves, siendo cualquier incumplimiento de obligación o prohibición establecido en la Ley. Un ejemplo de grave sería la realización del proceso de gestación por subrogación cuando suponga un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante o la posible descendencia; y un ejemplo de muy grave la realización o práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.

Las sanciones son multas (PLC, arts. 21 ss).

4. HACIA UNA LEY REGULADORA

4.1. DERECHOS, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS QUE DEBERÍA TENER EN CUENTA CUALQUIER PROPUESTA DE REGULACIÓN

Previo a analizar la problemática ético-jurídica de esta técnica reproductiva, hemos de partir del análisis del grupo de derechos irreductible e indiscutible, los derechos fundamentales implicados ¹⁰⁰.

En todas las reflexiones se confronta el deseo de tener un hijo y los derechos de las partes implicadas, así como de hasta qué punto constituye una explotación reproductiva. Por tanto, vamos a ver cuáles son esos bienes y derechos en conflicto para determinar la posibilidad, o no, de una futura regulación compatible con los mismos.

¹⁰⁰ CASADO, M., Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho, *Revista de Sociología, Papers*, no. 53, 1997, pp.37-44.

4.1.1. La maternidad subrogada como manifestación de la autonomía de la mujer

Toda persona, en general, tiene derecho “a tener sus propios puntos de vista, tomar sus propias decisiones y realizar acciones basadas en los valores y creencias propias”¹⁰¹, tal derecho a decidir está ligado a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo que atiene a la propia persona y a la propia vida, y, en consecuencia, a la auto disposición del propio cuerpo¹⁰².

Hemos de introducir aquí la Ley de Autonomía del Paciente que ya en su artículo 2, en los principios básicos nos dice que “la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad (...)”, y también que “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada (...)”¹⁰³.

Uno de los principales derechos a los que se apela en defensa de la maternidad subrogada para defender su legitimidad es este, el de la autonomía de la mujer gestante, que la aceptará conscientemente y prestará voluntariamente su consentimiento. Estas posturas afirman que la prohibición de la maternidad subrogada restringe la libertad de la mujer para decidir sobre el ejercicio de gestar para terceros¹⁰⁴. El derecho a decidir sobre el propio cuerpo, que es un derecho fundamental, no podrá tener más límites que los que derivan del orden público protegido por la Ley

Y Pantaleón pone en duda la reificación de la persona, pues considera que “no se comercializa al niño, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo), a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la pareja comitente”¹⁰⁵.

¹⁰¹ SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F., *El consentimiento informado*, Fundación “Salud 2000”, Madrid, 1999.

¹⁰² S.T.S. 3/2001 de 12 de enero, Civil, E.J. 1º.

¹⁰³ ESPAÑA. 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 clínica. BOE núm 274.

¹⁰⁴ MARTÍN CAMACHO, J., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009.

¹⁰⁵ PANTALEÓN, F., *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*, RCEC, 1993, pp. 113-114.

4.1.2. *La maternidad subrogada como forma de satisfacer los deseos de aquellos padres intencionales que no pueden gestar su propio hijo*

Actualmente el viejo principio *mater semper certa est* ha ido perdiendo su intangibilidad, la maternidad ha sido un proceso inmutable, pero ya no lo es. Hemos de determinar si la maternidad o paternidad forma parte de un proyecto de vida, o si también es un auténtico derecho que los poderes públicos tienen que garantizar ¹⁰⁶.

Nuestra Constitución no aborda en ningún párrafo el derecho a la reproducción humana, no reconoce un derecho expreso a tener hijos, pero sí existen otros valores y principios que lo sustentan ¹⁰⁷. Es un derecho con fundamento constitucional, el de la libertad. Así, la reproducción humana deriva del ejercicio de la libertad personal que enlaza con su dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad ¹⁰⁸, o el derecho a fundar una familia ¹⁰⁹. En este sentido, se sostiene que la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar, que ampara el derecho de toda persona a poder planificar su reproducción, para nada impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario ¹¹⁰. Tal derecho a la reproducción no es absoluto, como tampoco lo son aquellos de los que deriva y en los que tiene su origen. Según Yolanda Gómez Sánchez, al sostenerse en la dignidad de la persona y en sus derechos inherentes, es imposible que las personas reciban un trato equivalente al de una cosa ¹¹¹

Pese a todo ello, se ha tratado de suplir este vacío mediante la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (2010). Su artículo tercero dispone que “en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad, y autonomía

¹⁰⁶ VALERO HEREDIA, A., *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*. Universidad de Castilla la Mancha. En: UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nº. 43, 2019, pp.421-440.

¹⁰⁷ ROMERO COLOMA, A.M., *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*. Madrid: DILEX, S.L., 2016.

¹⁰⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., afirma: “Esta interpretación me permite afirmar que en el Ordenamiento jurídico español existe un derecho a la reproducción, integrado, por una parte, en el derecho fundamental a la libertad, con fundamento, además, en el valor libertad, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad”. En: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: MARCIAL PONS, 1994. Pp. 39 y ss.

¹⁰⁹ MARÍN GÁMEZ, J. A., *Aborto y Constitución*, Jaén, universidad de Jaén, 1996.

¹¹⁰ PANTALEÓN, F., *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*, RCEC, 1993, pp. 129 – 160.

¹¹¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: MARCIAL PONS, 1994.

personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes”¹¹².

Enlazamos aquí con el punto anterior comentando que según Souto Galván, el derecho a procrear de los comitentes podría limitarse solamente por la dignidad de la mujer cuando sea de forma coaccionada, pero no procede si la mujer decide libremente intervenir en el proceso; la libertad y la autonomía personal constituirían el ingrediente esencial de la dignidad¹¹³.

4.1.3. *El Principio de Precaución*

El gran avance de la ciencia y la tecnología experimentado en las últimas décadas no tiene parangón con ninguna de las anteriores etapas de la Historia, dificulta muchísimo la tarea del legislador. El contexto ha cambiado notablemente y esto conlleva riesgos y numerosos dilemas. Con las nuevas situaciones ha aparecido el principio de precaución, que se ha ido incorporando en numerosos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea como principio inspirador, o bien, como elemento decisor¹¹⁴. En nuestro ordenamiento se introduce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que “La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud”¹¹⁵. También lo encontramos en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): “Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren”¹¹⁶. Además en la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se encuentra bajo la denominación de principio de

¹¹² Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 55, de 04/03/2010.

¹¹³ SOUTO GALVÁN, B., Nuevas reflexiones sobre la gestación de sustitución. En: Salvador TARODO SORIA y Paulino César PARDO PRIETO. *Bioteología y Bioderecho*. León: EOLAS Ediciones, 2011, pp. 127-138.

¹¹⁴ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017.

¹¹⁵ BOE núm. 159. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

¹¹⁶ BOE núm. 240. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

cautela aunque se menciona en su expresión más común en el Preámbulo: “la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución” ¹¹⁷.

Esto responde a la necesidad de una cierta precaución a la hora de nuevas políticas, el legislador es consciente de las futuras incertidumbres, si bien es cierto que es referido más bien hacia el campo de lo científico y tecnológico, y de las consecuencias que se puedan derivar. Sin embargo, sectores de la doctrina haciendo una amplia interpretación, han introducido dicho principio en el campo de la gestación subrogada, de forma que sugieren la no aprobación de esta práctica incluso en su modalidad altruista, por la incertidumbre de sus consecuencias ¹¹⁸.

4.1.4. La prohibición de explotación

Cualquier intento de regulación ha de partir de la base común de la necesidad de prohibir todas las prácticas que supongan la explotación de mujeres y la compraventa de niños. Para ello, hemos de tener en cuenta previamente el perfil socioeconómico de las mujeres, así como el nivel de conocimiento y libertad con el que participan. Asimismo, la realidad muestra que son las más pobres o vulnerables las que caen en este tipo de explotación, y, de forma especial, las de contextos culturales en los que se da una subordinación de la mujer al hombre y rigen sistemas patriarcales, y que facilitan la instrumentalización de su cuerpo ¹¹⁹. Esto podría convertir a la mujer en un objeto, cosificándola, y mostrando una clara diferencia entre mujeres ricas y pobres. Se da una gran asimetría cultural entre la gestante, y los padres intencionales juntos con las agencias intermediarias, que organizan el “servicio gestacional” ¹²⁰.

La libertad de decisión que se da en países donde la situación económica es alarmante, es muy cuestionable. Si la alternativa es vivir en la miseria, no podemos decir que el consentimiento se dé de forma libre. También hay que añadir que en muchos casos no

¹¹⁷ BOE núm. 160. Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

¹¹⁸ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017.

¹¹⁹ TREJO PULIDO, Ana. *Stop Ventres de Alquiler*. Las madres en la “gestación subrogada”, 2015.

¹²⁰ ROMERO COLOMA, A.M., *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*. Madrid: DILEX, S.L., 2016

son conecedoras de los riesgos que conlleva (ya sea por el propio embarazo o por las consecuencias de que el óvulo sea de otra mujer), así como tampoco lo son del contrato, del lenguaje del mismo ¹²¹.

Obviamente la diferencia principal estriba en la modalidad, si es comercial o altruista, y que veremos en los aspectos conflictivos. Si no existe remuneración económica, habrá muchas menos mujeres que hagan de esto su estilo de vida, y su forma de sacar adelante a sus familias, así como tampoco, mafias y corrupción, las llamadas “granjas” u “hornos humanos” ¹²². Como señala José López Guzmán, se ha convertido en “una industria millonaria”, es un auténtico negocio que arroja unas cifras sorprendentes ¹²³.

Por tanto, podemos concluir que la maternidad subrogada comercial, y especialmente la de alcance internacional, suele llevar aparejada la explotación de las mujeres que se someten a ella, y que ya solamente por ello esta práctica y las decisiones que la favorecen deben considerarse ilícitas ¹²⁴. Cabe destacar que en muchos casos los criterios de elección de la gestante y la determinación de sus condiciones de vida durante el embarazo se hacen en función de los intereses de los comitentes ¹²⁵. Pero, ahora bien, a modo de reflexión, habiendo explotación en unos casos y en otros no, ¿queremos asumir ese riesgo? ¿compensa las veces en las que todas las partes salen ganando, por las que se produce una vulneración de la dignidad de las mujeres y una cosificación de sus cuerpos?

4.1.5. La especial protección del niño

El concepto más relevante en este punto es el del interés superior del menor, ya abordado anteriormente, con naturaleza de concepto jurídico indeterminado con el riesgo de que se refleje la ideología, principios o creencias de quien lo aplica. En cuanto a su fundamento, está en la especial vulnerabilidad de los menores que son incapaces de digerir sus vidas

¹²¹ LARA AGUADO, Á., La gestación subrogada: ¿una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la integración*, no. 8, 2018.

¹²² FERNÁNDEZ MUÑIZ, P. I., Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos? En: *Debate: Vulnerabilidad, justicia y salud global. Gestación subrogada. ISSN 1989-7022*, pp. 27-37.

¹²³ LÓPEZ GUZMÁN, J., *Dimensión económica de la maternidad subrogada. (Habitaciones en alquiler)*, Cuadernos de Bioética, 93, 2017, pp. 200.

¹²⁴ ALBERT, M., La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*, pp. 177-197.

¹²⁵ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017. (Consultado 11 de mayo 2019)

con suficiente responsabilidad ¹²⁶. Algunos textos y sentencias parecen considerar que este interés superior del niño ha de primar frente a cualquier otro que concurra, así resulta por ejemplo del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor ¹²⁷.

Sin embargo, no es el único colectivo que necesita especial protección, hay que tener en cuenta a personas enfermas, discapacitadas, ancianos o cualquier minoría y sopesar unos derechos y otros; en esta línea el Tribunal Supremos señala: “pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación, teniendo en cuenta la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y otros factores” ¹²⁸. Respecto de otros intereses que también pueden ser vulnerados, el primero de ellos se corresponde con su dignidad, ya que la misma impide que una persona humana sea objeto de comercio, corriéndose el riesgo de que se dé una cosificación y una mercantilización del niño ¹²⁹.

Por otro lado, en la exposición de motivos por los que algún Estado de Estados Unidos considera esta práctica contraria al orden público, está que “atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse al niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana” ¹³⁰.

También se invoca el interés del menor en el momento de la determinación de la filiación, para que pueda gozar de los derechos inherentes a la misma, y es aquí donde Valero Heredia considera que en España se está produciendo un auténtico fraude de ley bajo la excusa de la protección del mismo; se apela a él al solicitar la inscripción en el registro. Entonces las autoridades españolas proceden, a pesar de la nulidad de tales contratos, a la inscripción de la filiación, porque parece que es el interés que prima sobre el resto, pero

¹²⁶ GARIBO PEYRÓ, A. P., El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada, *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*, pp. 245-259.

¹²⁷ Art. 2.1: *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan (...) primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.* Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE núm. 15. De 17/01/1996.*

¹²⁸ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derechos Quinto, nº 7.

¹²⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., El derecho a la reproducción humana, *Marcial Pons*, Madrid, 1994, pág. 141.

¹³⁰ RODRÍGUEZ- YONG, C. A. y MARTÍNEZ MUÑOZ, K. X., El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXV- n° 2.

¿y la dignidad de la gestante? ¿y la necesidad de evitar la explotación del estado de necesidad en que muchas mujeres de encuentran¹³¹?

Además el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha definido la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”¹³². Y también el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha advertido a algunos de los países en los que se llevan a cabo estas prácticas sobre la necesidad de establecer garantías que eviten el tráfico con niños¹³³.

4.2. ASPECTOS CONFLICTIVOS

4.2.1. ¿En qué momento el niño ya es hijo de los comitentes?

La propuesta más extendida es la atribución de la filiación desde el mismo momento de transferencia de los embriones, de forma que se asegure el resultado perseguido: entrega del bebé tras el parto y sin vínculos afectivos. Esto hace que de una forma u otra se coarte la libertad de la mujer gestante en su vida diaria, puesto que surgirán conflictos respecto a sus hábitos de vida, trabajo, o simplemente la dieta; en algunos casos los padres querrán hacer valer tal condición para decidir lo que es mejor para su hijo, y obviamente, implica el modo de vivir de la mujer. Por otra parte, las mujeres tienen que tratar de que no surja ningún de afecto o apego hacia ese niño que no es su hijo, y que a veces tendrán que reprimirlo, u otras son capaces de separar el factor volitivo con la dimensión corporal¹³⁴.

Las propuestas reguladoras que pretenden establecer la filiación al inicio del embarazo suelen exigir que se haya gestado un hijo propio con anterioridad, como hemos visto

¹³¹ VALERO HEREDIA, A., *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*. Universidad de Castilla la Mancha. En: UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nº. 43, 2019, pp.421-440

¹³² Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opscrcr.aspx>

¹³³ ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre 1989, Unites Nations, Treaty Series. Pág. 10.

¹³⁴ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017.

anteriormente, con la pretensión de disminuir un posible vínculo con el bebé. Con ello se da por hecho que el embarazo es un proceso fisiológico, separando gestación y maternidad. También es frecuente que exijan que la mujer carezca de vínculo con el niño -que no aporte el óvulo-¹³⁵.

4.2.2. *¿Deben tener relación madre gestante – comitentes? El problema de la duplicidad de roles*

También suscita dudas este aspecto, parece lógico que quien quiera ayudar de este modo altruistamente a otras personas sea por que las conozca, porque ¿cuántas mujeres estarían dispuestas a gestar, sin lucro alguno, un hijo para unas personas desconocidas? Nos pone de frente con otra realidad similar, la donación de órganos de una persona viva a un desconocido. La experiencia de países en los que está regulada la maternidad subrogada de esta forma muestra que quien se presta a hacerlo son mujeres del entorno familiar directo¹³⁶.

El artículo 39 de la Constitución¹³⁷ proclama que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, dotándola así de una garantía institucional, sin que el legislador pueda alterar sus rasgos esenciales. Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 116/1999 declara que la Constitución garantiza la familia, esto es, un “reducto indisponible o núcleo esencial”¹³⁸.

¹³⁵ LAMM, Eleonora. Condiciones y requisitos de la gestación por sustitución. En: *Gestación Por Sustitución: Ni Maternidad Subrogada Ni Alquiler De Vientres*. 1. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. PP 250-294.

¹³⁶ ALBERT MÁRQUEZ, M., La maternidad altruista y la maternidad subrogada. En: Nicolás JOUVE DE LA BARREDA, La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias. Madrid: SEXOTIA S. L., 2018, pp. 115-146.

¹³⁷ Artículo 39 CE “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 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. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

¹³⁸ STC 116 / 1999 (BOE núm.162, de 08 de julio de 1999).

Esta garantía supone plasmar en el ordenamiento interno lo que se impone en Derecho Internacional, y así el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948 proclama que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*¹³⁹; y el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 afirma que *“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”*¹⁴⁰.

Bien es cierto que en la sociedad actual hay muy distintas interpretaciones para el concepto de familia, extendiendo el estatus jurídico a personas que carecen de vínculo sanguíneo. Son transformaciones que a veces acaban disociando filiación y parentesco, interviniendo factores volitivos, afectivos, sociales y culturales. Está apoyado en la Sentencia 320/ 2011 del Tribunal Supremo cuando indica que *“el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”*¹⁴¹.

Es cierto que sí pueden deducirse unos elementos mínimos que caracterizan la institución de la familia, configurando su núcleo, y que esto puede ser complementado, pero no alterarse sustancialmente; precisamente de la lectura del art. 39 CE se deduce que se determina por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación. Como decíamos, el Legislador sí que podría crear vínculos jurídicos similares a los de los lazos biológicos, pero no permitir que éstos se vean sustancialmente alterados, infringiendo la garantía institucional, lo que ocurriría si

¹³⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16. Disponible en: <https://dudh.es/16/>

¹⁴⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre, 1966, artículo 10.

¹⁴¹ STS 320/2011 de 12 de mayo de 2011. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/homosexual-hijo-relacionarse-allegados-280758303>

se conjuga un doble rol como por ejemplo “madre” y tía. Desde la perspectiva social puede admitirse, pero en las relaciones biológicas de filiación ya no ¹⁴².

Parte de los profesionales de la bioética consideran que tal núcleo esencial puede verse alterado en la modalidad de gestación subrogada altruista cuando se produce entre allegados, provocando la concurrencia de roles en la familia. Sin ir más lejos, ejemplo de actualidad como titular de periódico: “*Una mujer de 61 años da a luz al bebé de su hijo gay en Estados Unidos*”, concurriría “madre” y abuela ¹⁴³.

Para evitar esto hemos de tener en cuenta la posibilidad de que un tercero ceda su vientre, pero siendo realistas esto sería muy excepcional. De modo que aceptando la gestación subrogada altruista en nuestro ordenamiento jurídico, somos conscientes de que se daría en el marco de las relaciones familiares. Posiciones en contra de que esto se dé, traen al hilo la Teoría del apego de J. Bowlby y M. Answorth, a partir de la cual consideran que la primera relación madre-hijo es determinante en la maduración, autoestima y desarrollo del menor ¹⁴⁴.

¹⁴² JOUVE DE LA BARREDA, N., El significado de la maternidad y de la familia. En: JOUVE DE LA BARREDA, N., *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*. Madrid: SEXOTIA S. L., 2018, pp.11-48.

¹⁴³ Artículo 3 de abril de 2019. EL PAÍS. (Consultado 14 de mayo 2019). Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/03/31/actualidad/1554036925_676179.html

¹⁴⁴ La teoría del apego, iniciada por John Bowlby (Vid. BOWLBY, J. (1998) “El Apego y la Pérdida”. Barcelona. Ed. Paidós) y perfilada y desarrollada por Mary Answorth (Vid. AINSWORTH, M.D. (1989). “Attachment beyond infancy”. *American Psychologist*, 44, 709-716), afirma que el principal vínculo afectivo y el más persistente de todos es el que se establece entre la madre y el recién nacido. Este vínculo será la base sobre la cual se desarrollarán los demás vínculos que el ser humano establecerá con el resto de personas a lo largo de vida. Los estudios de ambos autores y de quienes les han seguido indican que ese vínculo comienza con las interacciones en la gestación, continúa con la lactancia y se fragua en el periodo entre los 3 y los 36 meses. Cuando este vínculo entre la madre y el niño es seguro, estable y duradero, influye decisivamente en la autoestima del niño y en su capacidad para establecer relaciones saludables a lo largo de su vida. Es capaz de establecer un buen ajuste social. Por el contrario, la ruptura o fragilidad de ese vínculo (separación física o emocional de la madre, ausencia de afecto o cuidado), puede provocar en el niño un desorden afectivo o una personalidad asocial. Según indican estas investigaciones, la baja autoestima, la vulnerabilidad al estrés y los problemas en las relaciones sociales están asociados con vínculos materno-filiales poco sólidos. Si las experiencias de apego (de vínculo afectivo materno-filial) han sido gravemente negativas, el niño es muy propenso a desarrollar en el futuro trastornos psicopatológicos.

En definitiva, esto podría constituir fuente de conflictos emocionales tanto en el menor, como en la madre gestante a la hora del rol que debe adoptar frente al niño.

4.2.3. ¿Podría ser la gestación subrogada totalmente altruista?

Por regla general las propuestas de regularización insisten en que el contrato sea totalmente gratuito y que las compensaciones que recibirá la gestante tendrán carácter resarcitorio por las molestias o los gastos ocasionados, y también por el lucro cesante. Parece razonable, pero ahora bien, estas cuantías suelen fijarse en términos muy amplios y ambiguos como para poder alcanzar una retribución real, por lo que hay un alto riesgo de que derive en una “compraventa”. Hemos de plantear si verdaderamente cabe la garantía de un desinterés pleno, resultado imposible demostrar que los padres intencionales no entreguen a la mujer regalos u otras cantidades; por otra parte también parece lógico que quieran agradecer la llegada de ese hijo por el que, probablemente, llevan años luchando ¹⁴⁵.

Conviene recordar que el artículo 5.3 de la LTRHA dispone que “El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación” ¹⁴⁶. Desde la aprobación de esta Ley el Ministerio nunca ha cumplido con tal mandato.

Son las interacciones madre-niño las que más influyen en el desarrollo socio-emocional y en la conducta actual y futura del menor. (Vid. Delgado, A. O., & Oliva Delgado, A. (2004). “Estado actual de la teoría del apego”. Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente. (Consultado 14 de mayo 2019). Disponible en: <http://psiquiatriainfantil.org/numero4/Apego.pdf>

¹⁴⁵ AZNAR LUCEA, J., y TUDELA CUENCA, J., Maternidad subrogada. Aspectos Éticos. En: JOUVE DE LA BARREDA, N., *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*. Madrid: SEXOTIA S. L., 2018, pp. 85-114.

¹⁴⁶ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Ley 14/ 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 5.3 “*La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.*”

Con la experiencia española en reproducción asistida, aún no se han estudiado los perfiles de las donantes de óvulos, sus motivaciones, y si la cantidad recibida la consideran como una retribución, o, por el contrario, una compensación resarcitoria.

4.2.4. Destino del niño:

4.2.4.1. La disparidad de criterios sobre el aborto en el supuesto de problemas de salud del *nasciturus*

Cabe pensar que, en una relación de gestación subrogada altruista, la mujer quiere satisfacer los deseos de los padres y por lo tanto, hará caso a sus deseos. Pero tenemos un caso real, el de Delaney Skye, una mujer que gestaba una niña con Síndrome de Down: la pareja pidió que abortase, pero ella decidió seguir con la gestación y hacerse cargo de la bebé. Es complicado afirmar que debería preverse en el contrato puesto que no podemos dejar a la autonomía de la voluntad asuntos en los que entran juego derechos fundamentales.

4.2.4.2. Eventual fallecimiento de los comitentes

Las propuestas reguladoras mantienen la filiación en favor de los padres intencionales, por lo que el niño iría con algún familiar que se quisiese hacer cargo, igual que si sucede con la madre biológica que también lo gesta ¹⁴⁷. Cabe la opción de que la gestante quiera convertirse en madre del niño, pero ya es muy problemático.

4.2.5. ¿Sería necesario un Registro Nacional de Gestación por Subrogación?

Como hemos visto, existen un sinnúmero de complicaciones y conflictos que pueden surgir y así, las propuestas sí que suelen exigir un Registro Nacional de Gestación por Subrogación. De forma que se inscribirían las mujeres que quisieran, viendo que se cumplen los requisitos en cada una de ellas, y se registrarían cada uno de los contratos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.”

¹⁴⁷ ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA. Problemática jurídica de la filiación del nacido en el marco de la gestación subrogada. En: *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*. Madrid: DILEX, S.L., 2016, pp. 89-96.

Precisamente continuamos sin disponer en España de un Registro de Donantes de Gametos y Preembriones, a pesar de que lo previó la LTRHA de 1988 y lo hace también en la vigente Ley de 2006.

4.3. ARGUMENTOS A FAVOR O EN CONTRA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

4.3.1. En contra

La mayoría de países de nuestro entorno prohíben la maternidad subrogada o la consideran nula de pleno derecho por considerar que atenta contra la dignidad de la mujer, siendo su principal argumento el evitar que su cuerpo se instrumentalice durante 40 semanas. Así ocurre con la modalidad comercial pero también en la altruista, para gran parte de la opinión ¹⁴⁸.

Estas son las razones por las que se regula así en España en la LTRHA de 1988 que fue pionera, y las mismas causas han hecho mantener intacta la regulación de esta materia tras la reforma de la LTRHA en 2006.

Para quienes sostienen que es factible regularla de manera que se evite toda explotación de mujeres y niños, estos son argumentos prudenciales a favor de mantener la regulación vigente en España: ¹⁴⁹

- La precaución recomienda esperar a valorar las consecuencias de la aprobación de la gestación subrogada en países de nuestro entorno. (Ver punto 4.1.3.)
- Principalmente la modalidad desarrollada ha sido la comercial, y en muchos casos está vinculada a la explotación de las mujeres gestantes. (Ver punto 4.1.4.)
- Los pronunciamientos de los organismos intergubernamentales han adoptado posiciones de rechazo o cautela.

Tal y como apunté anteriormente, la ONU mediante el Comité de los Derechos del Niño, ha advertido a países como India o Estados Unidos los riesgos de tráfico de niños que concurren. Así mismo, en el informe sobre derechos humanos y democracia en el mundo

¹⁴⁸ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017. (Consultado 11 de mayo 2019)

¹⁴⁹ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017. (Consultado 27 de marzo 2019)

de 2014, la Unión Europea las califica como contrarias a la dignidad de la mujer. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por su parte, rechaza la propuesta de regulación de contratos de subrogación. Y, por último, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado no ha alcanzado consenso, pero sí ha puesto de manifiesto los riesgos que acarrea la gestación subrogada.

Si bien es cierto que, aunque estemos en la postura de rechazo, la forma en que se regula en España no ha impedido la proliferación de la maternidad subrogada, y ha sucedido por el presunto vacío legal -a pesar de que la STS de 2014 anteriormente analizada dejase claro que no existía- y la cobertura administrativa de la Instrucción de la DGRN de 2010 contraria a la doctrina del TS. Con todo ello, los comitentes siguen confiando en que podrán inscribir a su favor la filiación de sus hijos en España, algo a lo que ayudan mucho las agencias mediadoras.

Para finalizar con este apartado, tampoco parece satisfactorio propugnar el mantenimiento del régimen actual sin el planteamiento de otras propuestas encaminadas a reforzarlo, de forma que la voluntad de la ley sea efectivamente respetada. Los poderes públicos habrían de adoptar medidas que corten tal situación, porque al aceptarla se asume la vulneración de nuestro ordenamiento jurídico, además de no hay límite normativo alguno ¹⁵⁰.

4.3.2. A favor

Desde este punto de vista se defiende la legitimidad de los contratos lucrativos de gestación subrogada tanto nacionales como internacionales. Autorizándola, el problema del turismo reproductivo se reduciría mucho. Realmente esta es la posición consolidada por vía de hecho en los últimos quince años a nivel mundial.

Tal y como señala el Cerdà Subirachs, una característica de la maternidad subrogada es la transversalidad ideológica ¹⁵¹, puesto que se critica desde posiciones religiosas y

¹⁵⁰ Voto particular que emite Carlos María Romeo Casabona, vocal del Comité de Bioética de España, al Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Pg 89.

¹⁵¹ CERDÀ SUBIRACHS, J., *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN*. Pg.2 (Consultado 19 de marzo 2019). Disponible en:

tradicionales, así como desde filosóficas y feministas. Quien es partidario de esta opción, asegura que cada mujer lo hace libremente y obtiene una justa retribución por el servicio que presta; en orden de evitar abusos es necesaria una regulación adecuada, no imponer una prohibición porque esto sería limitar la libertad de elección de las mujeres. De hecho, se ha propuesto desde la doctrina, la conveniencia de la realización de cursos formativos por parte de las mujeres gestantes, a partir de la experiencia de otras, para conocer sus derechos y obligaciones a fin de que su consentimiento sea realmente libre e informado¹⁵².

Socialmente, los medios de comunicación contribuyen con la difusión de los modos de vida actores, futbolistas y personas del espectáculo, a presentar la gestación subrogada como una vía de acceso más -y con glamour- a la parentalidad. Y lo hacen rompiendo el límite de edad biológico y convencional para la maternidad, como Emma Thompson o Sarah Jessica Parker. También en el caso de los hombres los límites de edad —presentes en la adopción— se rompen, como en el caso de Elton John, padre por maternidad subrogada a los 63 años. John junto con Ricky Martin serían dos ejemplos de estrellas homosexuales que optan por la maternidad subrogada¹⁵³.

Si bien, hemos de tener en cuenta que ambas posiciones, a favor y en contra, reconocen la urgencia de garantizar efectivamente los derechos tanto de madres gestantes como de los intereses de los niños, y que esta situación es inadmisibles.

Existe otra variante dentro de ésta, que es a favor condicionada: *la modalidad altruista*. Aquí se pretende asegurar la dignidad de las mujeres gestantes y los intereses de los menores mediante un contrato sin ningún tipo de lucro; parte del reconocimiento de que gestar el niño de otro es una acción comprometida cuando su vida solo se puede desarrollar en un útero. Se considera, sin embargo, que si esa acción se hace de manera

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BEqHk3t3V84J:www.vientresdealquiler.com/app/download/5814458725/Lainsostenible%2Blegalizacion%2Bde%2Bfacto%2Bde%2Bla%2Bmaternidad%2Bsubrogada%2Ben%2BEspa%25C3%25B1a.pdf+%&cd=6&hl=es&ct=clnk&gl=es>

¹⁵² TORRES CAZORLA, M.I. y SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. y otros, *Bioderecho Internacional. Derechos humanos, salud pública y medioambiente*. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2018.

¹⁵³ Ver artículo *El País*, «Hollywood, paraíso de los vientres de alquiler. Las estrellas se apuntan a la moda de la maternidad subrogada», (consultado 29 de marzo 2019). Disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/agenda/Hollywood/paraiso/vientres/alquiler/elpepigen/20110124elpepage_1/Tes.

desinteresada, puede ser muy valiosa porque provee de hijo quien no puede tenerlo de otro modo ¹⁵⁴.

El grupo parlamentario Ciudadanos dedica un artículo entero, el cinco, en su propuesta de regulación, a la naturaleza altruista del contrato, y especifica en qué se basan las compensaciones resarcitorias ¹⁵⁵. Así como la pretendida regulación de la propuesta de bases generales ¹⁵⁶ y la Iniciativa Legislativa Popular ¹⁵⁷ es también altruista, especifican que no tendrá carácter lucrativo ni comercial. Por lo tanto, las iniciativas documentadas en España solo valoran esta modalidad, y nunca la comercial.

Sin embargo, es complicado encontrar opiniones a favor de la gestación subrogada con esta condición porque suscita dudas: en caso de regularse de esta forma, ¿podría ser totalmente altruista? (ver punto 4.2.3.), ¿cómo se diferencia en la praxis el precio de una compensación? ¿Cómo se pone una cifra para compensar las molestias? La experiencia nos dice que en muchos casos viene acompañada “recompensas”, y sólo cuando se vea la notoria motivación altruista por relaciones de amistad o parentesco, se podrá acreditar que la mujer no ha recibido ningún dinero a mayores de lo que le correspondía por gastos o molestias ocasionadas. Se considera que en muchos casos la subrogación altruista es una pieza más del engranaje comercial ¹⁵⁸.

Entonces, en caso de regularse así en nuestro ordenamiento jurídico, esta modalidad se daría casi exclusivamente en el ámbito de las relaciones familiares, con los problemas de duplicidad de roles, anteriormente vistos, que podrían surgir. Y el resto de personas continuarían acudiendo a otros países en los que exista la modalidad comercial. Como

¹⁵⁴ VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017.

¹⁵⁵ ESPAÑA. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017).

¹⁵⁶ Sociedad Española de Fertilidad. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica. *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*. 2016.

¹⁵⁷ Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España. *Proposición de ley de gestación subrogada*. 2017

¹⁵⁸ ALBERT MÁRQUEZ, M., La maternidad altruista y la maternidad subrogada. En: Nicolás JOUVE DE LA BARREDA, *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*. Madrid: SEXOTIA S. L., 2018, pp. 115-146.

hemos visto, es bastante problemática, parecen surgir más dudas e incertidumbres que si se regula de otro modo, o incluso que si se prohibiese efectivamente.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha tratado la maternidad subrogada en el ámbito del ordenamiento jurídico español - y ello ha invitado a la reflexión y a la crítica -, poniendo de relieve su complejidad por la inexistencia de una regulación uniforme, siendo de especial importancia la jurisprudencia, especialmente el impacto que ha tenido la sentencia del Tribunal Supremo 247/2014, de 6 de febrero.

- I.** Es innegable la actual diversificación de la maternidad y del concepto de familia. Está en constante evolución y me ha resultado sorprendente que gran parte de la sociedad esté en contra de la maternidad subrogada por pensamientos tradicionales de “ser madre”, y no por los derechos fundamentales que entran en juego.
- II.** La maternidad subrogada comercial constituye un negocio a nivel mundial, y el turismo reproductivo que se produce requiere una regulación a nivel internacional que otorgue ciertas garantías, fundamentalmente, el principio de respeto a la dignidad humana y el principio de protección internacional de los derechos humanos, tanto de la mujer gestante como del niño. Estas son, en mi opinión, las necesidades más urgentes a la hora de una eventual regulación, y los aspectos en los que se debe poner el centro de atención en cuestiones accesorias por muy importantes que sean, como los problemas de determinación de la filiación o nacionalidad. A nivel de Unión Europea tampoco ha habido iniciativa alguna para prevenir los abusos.
- III.** En el caso de España, nos encontramos ante una complicidad indirecta, puesto que lo prohibimos, pero luego reconocemos su resultado cuando se ha realizado en el extranjero, no resulta coherente. Si bien se hace porque la necesidad de protección del menor, en parte, obliga a atribuir efectos jurídicos a negocios al amparo de otro ordenamiento jurídico que sí que lo permite. He aquí el problema social, de clases, puesto que crea una desigualdad de trato. Si los comitentes tienen recursos, contratarán la gestación en el extranjero y posteriormente será inscrito en España; pero si en cambio carecen de ellos, no tienen opción a esta práctica. Lo mismo ocurre con la madre gestante, si lo hace en un país que contempla la gestación altruista, contará con determinadas garantías, y si por el contrario no

existe una protección de la libertad de la mujer, los riesgos de explotación se disparan.

- IV. Seguidamente, después de analizar la reciente STS 247/2014, creo que la coherencia y los argumentos empleados son destacables, pero me parece mucho más interesante, por más que en tantas ocasiones no haya determinado el sentido de la decisión, el voto particular emitido, que frustra tales argumentos del TS.
- V. Respecto de las tres propuestas legislativas analizadas, las únicas documentadas hasta ahora en España, la más completa y coherente me parece la del grupo parlamentario Ciudadanos, que busca punto por punto todos los posibles conflictos y les da una solución.

Aunque se ha de tener en cuenta el altruismo que todas las intenciones de regulación propugnan, parece que así se evitará toda explotación de la mujer, pero la realidad es que la problemática aumenta y las incertidumbres crecen. Además, la experiencia a nivel internacional hace que seamos escépticos porque por ejemplo, en el caso de Reino Unido la mayoría de británicos recurren al extranjero.

Su legalización en España con la modalidad comercial lógicamente incrementaría su demanda, pero si es altruista no se cubriría; de forma que volveríamos a presionar para que se admita la modalidad comercial, o bien recurrimos a otros países forzando la inscripción de los niños.

- VI. La cantidad de conflictos que surgen provocan una tensión dialéctica entre los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, a los que no se puede renunciar y que, en mi opinión, priman, y las cláusulas de los contratos que miran por los deseos de los padres de intención. Así, por ejemplo sucede, con el necesario respeto a la autonomía de la mujer respecto al tipo de parto que los padres querrían que se llevara a cabo.

Algunas cuestiones que son objeto de debate pero que desde mi punto de vista y como conclusiones de mi estudio están claras, por ejemplo, es la imposibilidad de aportación del material genético por parte de la mujer gestante, que habría de ser o bien de la madre biológica, o bien de una donante, intentando reducir así al mínimo las posibilidades de crear vínculos afectivos durante el embarazo. También considero básico que las personas que recurran a esta técnica hayan

agotado previamente todas las posibilidades de reproducción asistida; y además creo que hay una necesidad del Registro Nacional de Gestación por subrogación, llevando un estricto control tanto de los contratos, como de las mujeres y familias que se someten a esta práctica, como un instrumento para garantizar los derechos y principios en juego.

- VII.** Quiero puntualizar una supuesta cuestión problemática que ha sido objeto de mi estudio, y es la duplicidad de roles; esto ocurre cuando la madre y la mujer gestante son familia o tienen vínculos afectivos. Se habla de la grave afección tanto de la mujer que lo gestó al “sentirse madre”, como del propio niño cuando sepa de dónde vino. En mi opinión estas teorías carecen de sentido, si bien se creará una relación especial (tía y sobrino/a, o abuela y nieto/a por ejemplo), yo no sentiría más que satisfacción de haber hecho posible que tal niño esté en nuestras vidas, y haber dado un hijo a ese familiar que tanto lo ansiaba.
- VIII.** Por lo tanto, ¿hay que regularla? Según mi criterio, no existe otra opción. Se necesita un cambio real, sea prohibiéndola - pero efectivamente -, o regulándola de un modo que se garanticen los derechos de todas las partes, sin más límite que el ordenamiento público protegido por la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- AINSWORTH, M.D. (1989). “Attachment beyond infancy”. American Psychologist.
- ALBERT, M., La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*.
- ALBERT MÁRQUEZ, M., La maternidad altruista y la maternidad subrogada. En: Nicolás JOUVE DE LA BARREDA, La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias. Madrid: SEXOTIA S. L., 2018.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2014.
- AZNAR LUCEA, J., y TUDELA CUENCA, J., Maternidad subrogada. Aspectos Éticos. En: JOUVE DE LA BARREDA, N., *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*. Madrid: SEXOTIA S. L., 2018.
- BALAGUER, María Luisa, Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social, Madrid: Tecnos, 2017.
- BOWLBY, J., *El Apego y la Pérdida*. Barcelona, Ed. Paidós, 1988.
- BRUNET, Laurence et al. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. Bruselas: Dirección general de políticas interiores departamento temático c: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2012.
- CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014)*, BOE, Madrid, 2014.
- CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, Nº1, ISSN 1989-4570.

- CASADO, M., “Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho”, *Revista de Sociología, Papers*, no. 53, 1997.
- CERDÀ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Cuadernos de derecho actual*, no. 6, 2017.
- DELGADO, A. O., & OLIVIA DELGADO, A., “Estado actual de la teoría del apego”. *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*, 2004.
- DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *Diario la Ley*, no. 8281, 2014.
- FERNÁNDEZ MUÑIZ, P. I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”. En: *Debate: Vulnerabilidad, justicia y salud global. Gestación subrogada*. 2018.
- FULCHIRON, Hugues, y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.
- GARIBO PEYRÓ, A. P., “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*.
- GONZÁLEZ QUINTERO, David. *La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social. En especial la maternidad por subrogación*. Trabajo de fin de máster, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: MARCIAL PONS, 1994.
- HEREDIA CERVANTES I., “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. Crónica de un desencuentro”, *Revista 54 Opinión, El Notario del Siglo XXI*, 2014.
- HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. 1ª Edición. Valladolid: Lex Nova, 2004.

- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia. “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre gestación por sustitución en España”. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 21, 2015 ISSN 1698-7950.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, 2014.
- JOUVE DE LA BARREDA, N., “El significado de la maternidad y de la familia”. En: JOUVE DE LA BARREDA, N., *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*. Madrid: SEXOTIA S. L., 2018
- LAMM, Eleonora. “Condiciones y requisitos de la gestación por sustitución”. En: *Gestación por Sustitución: ni Maternidad Subrogada ni Alquiler de Vientres*. 1. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”. *Tribuna de Actualidad*, 2014.
- LARA AGUADO, Á., “La gestación subrogada: ¿una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la integración*, no. 8, 2018.
- LÓPEZ GUZMÁN, J., “Dimensión económica de la maternidad subrogada. (Habitaciones en alquiler)”, *Cuadernos de Bioética*, 93, 2017.
- MARÍN GÁMEZ, J. A., *Aborto y Constitución*, Jaén, Universidad de Jaén, 1996.
- MARRADES PUIG, Ana. La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto*, núm. 1, 2017.
- MARTÍN CAMACHO, J., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, *Cuadernos de Bioética*, 2009.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.1/2014 parte Estudios. Ed. Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2014.

- PANTALEÓN, F., “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *RCEC*, 1993.
- RODRÍGUEZ, A., CAMPUZANO, B., RODRÍGUEZ, M^a. A., e YBARRA, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2014, ed. Tecnos.
- RODRÍGUEZ- YONG, C. A. y MARTÍNEZ MUÑOZ, K. X., “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen XXV- nº 2.
- ROMERO COLOMA, A.M., *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*. DILEX, S.L., Madrid, 2016.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 de abril de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley.
- SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F., *El consentimiento informado*, Fundación “Salud 2000”, Madrid, 1999.
- SOSPEDRA FONTANA, Alejandro. *La gestación subrogada en España*. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Valencia, Valencia, 2018.
- SOUTO GALVÁN, B., “Nuevas reflexiones sobre la gestación de sustitución”. En: Salvador TARODO SORIA y Paulino César PARDO PRIETO. *Biotecnología y Bioderecho*. EOLAS Ediciones, León, 2011.
- TORRES CAZORLA, M.I. y SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. y otros, *Bioderecho Internacional. Derechos humanos, salud pública y medioambiente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- TREJO PULIDO, Ana. “Las madres en la gestación subrogada”, *Stop vientres de alquiler*, 2015.
- VALERO HEREDIA, A., La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. Universidad de Castilla la Mancha. En: UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 43, 2019.

FUENTES NORMATIVAS

- Ley de 8 de junio de 1957 sobre el registro Civil. (BOE núm. 151 de 10 de junio de 1957).
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre, 1966.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. UNICEF. (BOE núm. 69 de 21 de marzo de 1984).
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. (BOE núm. 282, 24 de noviembre de 1988).
- Real Decreto-ley de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889).
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 · UNICEF. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, 24 de noviembre de 1995).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996).
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.
- 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 clínica. (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002)

- Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003).
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2006).
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2007).
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada. C 83/49. (DOUE de 30 de marzo de 2010).
- Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. (BOE núm. 160 de 6 de julio de 2011).
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. (BOE núm. 240 de 5 de octubre de 2011).
- Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017.

OTRAS FUENTES

- Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España. *Proposición de ley de gestación subrogada*. 2017.
- “BIENVENIDOS A LAS NACIONES UNIDAS”, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Disponible en:
<https://visit.un.org/sites/visit.un.org/files/Visitor%20Centre%20booklet-SP.pdf>
- Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria. *Children's rights related to surrogacy. Report*. 21 de septiembre de 2016.
- Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid, n.166, 17 de marzo de 2016.
- *El País*. Artículo 3 de abril de 2019. Disponible en:
https://elpais.com/sociedad/2019/03/31/actualidad/1554036925_676179.html
- *El País*, «Hollywood, paraíso de los vientres de alquiler. Las estrellas se apuntan a la moda de la maternidad subrogada», Disponible en:
http://www.elpais.com/articulo/agenda/Hollywood/paraiso/vientres/alquiler/elpepigen/20110124/elpepiage_1/Tes).
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, 7 de octubre de 2010).
- Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. A/HRC/34/55 18. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. 34º período de sesiones. 27 de febrero a 24 de marzo de 2017. Disponible en:
<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/440/29/PDF/G1644029.pdf?OpenElement19>
- Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). Parlamento Europeo Estrasburgo, 2015.

- Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, informe sobre «*Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la maternidad subrogada*». 2014.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735).
- Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución. Sociedad Española de Fertilidad. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica. 2016.
- Surrogacy stopped again at Council of Europe. Disponible en:
<https://oneofus.eu/es/2016/10/surrogacy-stopped-again-at-the-council-of-europe/>
- The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference. The Hague Conference on Private International Law.
- VVAA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Madrid, 2017.
- VVAA, “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final”, *Revista Euskadi*, 2018.
- VVAA, Profesionales por la ética, “Vientres de alquiler. Maternidad subrogada”. 2015.

REFERENCIAS JURISPRUEDENCIALES

- Sentencia 116/1999. Tribunal Constitucional, (BOE núm.162, de 08 de julio de 1999). (BOE-T-1999-15024).
- Sentencia 3/2001 de 12 de enero, Tribunal Supremo. Civil, E.J. 1º. ECLI:ES:TS:2001:9478.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2007. Asunto C-73/06.
- Sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre. Juzgado de primera instancia de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 15). ECLI:ES:JPI:2010:25.
- Sentencia 320/2011 de 12 de mayo de 2011. Tribunal Supremo. ECLI:ES:TS:2011:2676.
- Sentencia núm. 949/2011, de 23 de noviembre. Audiencia Provincial Valencia (Jurisdicción Civil). ECLI: ES:APV:2011:5738.
- Sentencia núm. 826-11, de 23 de noviembre de 2011. Audiencia Provincial de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10). ECLI: ES:APV:2011:5738.
- Sentencia de 9 de abril de 2012. Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo. ECLI: ES:TSJAS:2012:3514.
- Sentencia de 20 de septiembre de 2012. TSJ de Asturias. ECLI:ES:TSJAS:2012:3514.
- Sentencias de 18 de octubre de 2012. TSJ de Madrid. NSJ045773.
- Sentencia de 23 de noviembre de 2012. TSJ de Cataluña. 28079119912014100001
- Sentencia núm. 247/2014 10 de 6 de febrero. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 10). ECLI:ES:TS:2014:1910.
- Sentencia núm. 881/2016 de 25 de octubre. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, PLENO). ECLI:ES:TS:2016:5375.
- Sentencia núm. 953/2016 de 16 de noviembre. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, PLENO). ECLI:ES:TS:2016:5283.

- Sentencia de 13 de marzo de 2017. Tribunal Superior de Justicia. ECLI:ES:TSJM:2017:1247.

ANEXO

TABLAS COMPARATIVAS DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

	OBJETO, PRINCIPIOS RECTORES Y DEFINICIONES
<i>Propuesta del Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad</i> ¹	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Proponer bases que sustenten una regulación, sin pronunciarse a favor o en contra. ➤ Es un recurso excepcional y ha de estar justificado. ➤ Definiciones: <ul style="list-style-type: none"> ○ «Parte subrogada»: pareja, mujer u hombre que encargan la gestación, y serán los padres cuando nazca el niño. ○ «Gestante»: mujer embarazada por cuenta de la parte subrogada.
<i>Proposición de Ley de la Asociación por la Gestación Subrogada en España (ILP)</i> ²	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Tener en cuenta la evolución del modelo de familia y el avance científico. Regulación para garantizar los derechos de todos los intervinientes. ➤ Definiciones: <ul style="list-style-type: none"> ○ «Gestación por subrogación». La técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes). ○ «Progenitor o progenitores subrogantes». La persona o personas que acceden a la paternidad mediante la gestación por subrogación, aportando o no su propio material genético. ○ «Mujer gestante por subrogación». Es la persona que, sin aportar material genético propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o ñ progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica. ○ «Contrato de gestación por subrogación». Documento público por el que una pareja - formada por personas de igual o diferente sexo o una persona, acuerdan o acuerda con una mujer que ésta será la gestante por subrogación.
<i>Proposición de Ley del Grupo parlamentario Ciudadanos (PLC)</i> ³	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Existen nuevas formas de expresión de los ciudadanos y pretende la regulación del derecho a la gestación por sustitución, entendido como forma alternativa de reproducción. ➤ Inspirada en los principios de dignidad, libertad, solidaridad, igualdad, protección integral de los hijos, de las mujeres, madres y padres. ➤ Definiciones: <ul style="list-style-type: none"> ○ «Gestación por subrogación»: Es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, los progenitores subrogantes. ○ «Mujer gestante por subrogación»: Es la mujer que, sin aportar material genético propio, consiente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer. ○ «Progenitor o progenitores subrogantes»: La persona o personas que acceden a la paternidad o a la maternidad mediante la gestación por subrogación, aportando su propio material genético. ○ «Contrato de gestación por subrogación»: Documento público por el que una persona una pareja, formada por individuos de igual o diferente sexo, y una mujer, acuerdan que esta será la gestante por subrogación, en los términos establecidos en esta Ley.

¹ *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*. Sociedad Española de Fertilidad. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica, 2016.

² *Proposición de ley de gestación subrogada*, Asociación para la Legalización y Regulación de la Gestación Subrogada en España, 2017.

³ ESPAÑA. *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación*: Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017).

	REQUISITOS DE LA GESTACIÓN	LA MUJER GESTANTE
<i>Propuesta de bases generales para la regulación de la gestación por sustitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Máximo de 2 embriones a transferir. ➤ Seguro médico para posibles complicaciones. ➤ Apoyo psicológico para la gestante tanto en el embarazo como tras el parto. ➤ Recomendable la aportación de gametos por una de las partes subrogantes. ➤ La mujer gestante no puede aportar el óvulo (evitamos así cualquier vínculo genético). ➤ Contexto médico. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Estudio preconcepcional. ➤ Entre 18 y 35 años. ➤ Plena capacidad de obrar. ➤ Buen estado de salud psicofísica. ➤ Tener algún hijo propio. ➤ Aceptación del compañero/a sentimental, si lo tuviese. ➤ Persona sana, tanto en hábitos como en costumbres. ➤ Buena situación económica. ➤ Disposición y disponibilidad para controles y análisis pertinentes.
<i>Proposición de Ley de Gestación Subrogada (ILP)</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Se realizará solo cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de la mujer gestante que deberá haber sido informada. ➤ La utilización auxiliar de otras técnicas necesarias serán llevadas a cabo según lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ >18 años. ➤ Buen estado de salud psicofísica. ➤ Plena capacidad de obrar. ➤ Haber tenido al menos un hijo. ➤ Situación socio-económica estable. ➤ Haber residido en España durante los dos años anteriores. ➤ Podrá tener o no, cualquier clase de vínculo con los progenitores.
<i>Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución.</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Se realizará solamente cuando haya posibilidades de éxito, no suponga riesgo grave para la salud y previa aceptación libre y consciente de la mujer. ➤ Haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida. ➤ Las técnicas auxiliares se llevarán a cabo de acuerdo con la Ley 14/2006. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Ser mayor de 25 años y menor de la edad para la que se fije una gestación con éxito. ➤ Plena capacidad jurídica y de obrar. ➤ Buen estado de salud psicofísica. ➤ Haber gestado, al menos, un hijo sano. ➤ Situación socio- económica adecuada. ➤ Nacionalidad española o residencia legal en España. ➤ No haber sido mujer gestante en más de una ocasión con anterioridad. ➤ No tener antecedentes penales. ➤ La mujer no podrá tener vínculo consanguíneo con los progenitores. ➤ Será beneficiaria de un seguro a cargo de los progenitores. ➤ Está obligada a someterse a evaluaciones psicológicas y médicas.

	PARTE SUBROGADA	EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA
<i>Propuesta de bases generales para la regulación de la gestación por sustitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Valoración y asesoramiento, con entrevistas y tests. ➤ Causas de exclusión: adicciones, antecedentes de abusos, desacuerdos importantes con la mujer gestante, edad superior a la establecida para técnicas de reproducción asistida. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Prohibición de que la elección de la gestante la haga la pareja / mujer u hombre solos. ➤ No puede existir un pago, sino exclusivamente una compensación económica para hacer frente a las molestias y los gastos médicos. La Administración pública fijará unas bases. ➤ Informe preceptivo y vinculante que ha de ser favorable por un Comité Ético, teniendo en cuenta la situación del futuro bebé. ➤ Aprobación judicial. ➤ Libertad de las partes para el anonimato, o no, de la relación. ➤ La gestante mantiene su autonomía desde la transferencia embrionaria hasta el parto, entrando aquí el aborto, que podría llevarlo a cabo aun en contra de la parte subrogante. ➤ La mujer gestante no se podrá negar a la entrega del recién nacido.
<i>Proposición de Ley de Gestación Subrogada (ILP)</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida. ➤ En el caso de parejas, habrán de estar unidas en matrimonio, pareja de hecho o relación análoga. ➤ Deberán ser españoles o haber residido aquí durante los dos años anteriores. ➤ Se harán cargo del niño o los niños nacidos inmediatamente después del parto 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación será por las molestias físicas, los gastos y el lucro cesante. El Ministerio de Sanidad fijará periódicamente las condiciones básicas. ➤ Las compensaciones estarán exentas de IRPF. ➤ La mujer gestante será beneficiaria de un seguro que cubra, con hasta 1 millón de euros, las contingencias que se puedan derivar. ➤ Si se diese alguna causa para la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer podrá adoptar la decisión libremente. Si lo hiciese, la mujer ha de devolver la cantidad que hubiese recibido e indemnizar a los progenitores por los daños y perjuicios, además se le excluirá del Registro Nacional. ➤ El contrato deberá ser otorgado ante notario.
<i>Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Tener entre 25 y 45 años. ➤ Nacionalidad española o residencia legal en España. ➤ Acreditar que cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para la responsabilidad parental. ➤ Si es una pareja, ha de estar unida por vínculo matrimonial o relación equivalente. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ No tendrá carácter lucrativo, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que será a cargo de los progenitores subrogantes. ➤ El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, establecerá las reglas que garanticen el carácter gratuito. ➤ El contrato se hará ante Notario. ➤ Se debe anejar el certificado del Registro Nacional de Gestación por Subrogación en el que conste que la mujer cumple los requisitos. Además el contrato ha de inscribirse ➤ No está permitida la celebración de contratos de gestación por subrogación cuando exista una relación de subordinación económica, de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas.

	DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN	LA POSIBLE PREMORIENCIA	REGISTRO NACIONAL DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
<i>Propuesta de bases generales para la regulación de la gestación por sustitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ No se pronuncia. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ No se pronuncia. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ La Administración habrá de crear un Registro de gestantes con la finalidad de controlar las veces que lo hace cada mujer, y evitar así la reiteración que pueda poner en peligro su salud. ➤ Son las clínicas quienes deben notificar cada caso.
<i>Proposición de Ley de Gestación Subrogada (ILP)</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Se regulará por las leyes civiles ➤ La inscripción en el Registro Civil no puede reflejar datos de los que se pueda inferir la generación ➤ Una vez producida la transferencia embrionaria, el progenitor o progenitores no podrán impugnar la filiación del hijo ➤ Los progenitores son los encargados de promover la inscripción correspondiente en el Registro Civil, aportando copia del contrato ➤ No se establecerá la filiación entre la mujer gestante y el niño por revelación de identidad. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Premoriencia de uno de ellos: si el supérstite decide continuar con el proceso, no habrá filiación entre el hijo y la persona fallecida cuando aún no se haya producido la transferencia embrionaria. No obstante, se puede prestar consentimiento para que el material genético pueda utilizarse en los doce meses siguientes al fallecimiento y entonces sí, habrá filiación en su favor. ➤ Premoriencia de los dos subrogantes o del subrogante único (artículo 10): mantiene su validez para determinar la filiación, siendo obligadas a la inscripción las personas herederas. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Se inscribirán en él las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y que cumplan los requisitos; también registrará los contratos, condición necesaria para su validez. ➤ El Gobierno regulará su organización y funcionamiento
<i>Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Se regulará en las leyes civiles y en ningún caso se establecerá vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño. ➤ El Registro Civil no reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. ➤ Una vez producida la transferencia embrionaria, no se podrá impugnar la filiación del hijo nacido. ➤ Los progenitores deben promover la inscripción. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ De uno de los progenitores: no podrá determinarse la filiación entre el hijo nacido por gestación subrogada y el fallecido, salvo que ya se hubiese producido la transferencia embrionaria. No obstante sí podría hacerse si el fallecido hubiese prestado el consentimiento, podrá hacerse la transferencia en los doce meses siguientes al fallecimiento. ➤ De los dos progenitores durante la gestación: mantiene su validez a efectos de filiación. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Estaría adscrito al Registro Nacional de Donantes, es un registro administrativo donde se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes y cumplan los requisitos. También se inscribirán los progenitores subrogantes y los propios contratos. ➤ El Gobierno regulará la organización y funcionamiento

	CENTROS SANITARIOS / AGENCIAS INTERMEDIARIAS	INFRACCIONES Y SANCIONES
<i>Propuesta de bases generales para la regulación de la gestación por sustitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Deben ser obligatoriamente sin ánimo de lucro ➤ No podrán hacer publicidad alentando esta práctica con fines económicos ➤ Deben estar homologadas por la Administración, quien determinará los requisitos de transparencia 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ No se pronuncia.
<i>Proposición de Ley de Gestación Subrogada (ILP)</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Cualquier actividad publicitaria deberá respetar el carácter altruista de la gestación por subrogación. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ No se pronuncia.
<i>Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Todos los centros en los que se realice la gestación por subrogación tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. ➤ Deben cumplir lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. ➤ Deben estar inscritos en el Registro Nacional de Gestación por Sustitución. ➤ Precisarán autorización concedida por la autoridad sanitaria competente. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Regula todo un elenco de: <ul style="list-style-type: none"> ○ normas, ○ medidas cautelares, ○ infracciones (leves, graves o muy graves), ○ sanciones, ○ responsables y, ○ la prescripción de estas.