

# LA MATERNIDAD SUBROGADA



---

## Universidad de Valladolid



SE-  
GO  
VIA

Facultad de Ciencias Sociales,  
Jurídicas y de la Comunicación

**GRADO EN DERECHO**

**CURSO: 2016/2017**

**AUTOR: ÓSCAR ARRIBAS MARTÍN**

**TUTOR: FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA**

CONVOCATORIA EXTRAORDINARIA

**Resumen:** la maternidad subrogada es un tema de gran actualidad. La polémica que lo rodea gira básicamente en torno a dos preguntas: ¿puede una madre poner sus capacidades reproductivas al servicio de otra persona? En caso afirmativo, ¿es ético que lo haga con objeto de obtener un beneficio económico? En este trabajo trato de exponer de forma sucinta los puntos más importantes de las legislaciones de países extranjeros que han respondido sí o no a la pregunta primera, así como respecto a los países que abogan por un modelo que permite la maternidad subrogada altruista. Además, se analiza la legislación y jurisprudencia más recientes en España y la resolución de los supuestos de inscripción de menores nacidos en el extranjero por maternidad subrogada en el Registro Civil español. Por último se tratan los derechos de la madre gestante y los padres intencionales, así como el debate actual en España (partidos políticos, organizaciones sociales,...).

**Abstract:** surrogate motherhood is a hot topic nowadays. The controversy that surrounds it spins around two questions: can a mother use her reproductive capacity to serve other people? In case the answer is yes, then... is ethical that she does so in order to achieve an economical benefit? In this work, I will try to present the most important points of foreign states' law systems that have answered yes or no to the first question, and also the ones which stand up for a model that allows the altruistic surrogate motherhood. Moreover, not only Spanish' legislation and recent jurisprudence will be analyzed, but also the resolution of cases regarding the registration of minors born in foreign countries in the Spanish' civil record. To finish, I will explain the rights inherent to the pregnant woman and the intentional parent, as well as the Spanish' current debate (political parties, social organizations, ...).

**Palabras clave:** maternidad subrogada, gestación por sustitución, paternidad, altruista, salud, reproducción, técnicas de reproducción, madre gestante, padres comitentes.

**Key words:** surrogate motherhood, paternity, altruistic, health, reproduction, reproductive techniques, surrogate mother, intentional parent.

*A mi familia, en especial a mi madre.*

*A mi maestro y tutor Javier Matia Portilla, por transmitirme su pasión por el derecho y fortalecer mi espíritu crítico.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA POR RESOLVER .....	3
2. UNA MIRADA AL DERECHO EXTRANJERO .....	5
2.1. Introducción .....	5
2.2. Países en los que sí que es legal .....	6
2.3. Países en los que es ilegal .....	9
2.4. Países en los que es legal únicamente en su modalidad altruista .....	11
2.5. La especial situación presente en Rumanía .....	11
2.6. El caso de la India .....	12
2.7. El caso de México .....	14
3. LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	15
3.1. La prohibición jurídica de la maternidad subrogada .....	16
3.2. Reconocimiento jurídico de alguno de los efectos de la maternidad subrogada .....	21
3.3. La inscripción de los menores en España .....	25
4. DEBATE ACTUAL EN ESPAÑA .....	34
5. ELEMENTOS PARA EL DEBATE Y TOMA DE POSICIÓN .....	37
5.1. Causas del fenómeno, clases de maternidad subrogada y técnicas de reproducción asistida .....	37
5.2. La madre gestante .....	39
5.2.1. <i>Su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad</i> .....	39
5.2.2. <i>La cosificación y mercantilización de su cuerpo</i> .....	41
5.2.3. <i>Autonomía y madurez para tomar la decisión</i> .....	46

5.3. Los padres intencionales .....	46
5.3.1. <i>Derecho a la reproducción y a la salud</i> .....	46
5.3.2. <i>¿Daña a los padres intencionales la prohibición de la gestación por sustitución?</i> .....	48
6. CONCLUSIONES .....	49
7. BIBLIOGRAFÍA .....	51

## 1. INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA POR RESOLVER

“La mujer no es ganado de crianza”. Con este titular aparecido recientemente en la prensa<sup>1</sup>, se anuncia la creación de una red contra los vientres de alquiler impulsada por cincuenta organizaciones de mujeres y colectivos LGTBI<sup>2</sup>. A juicio de los promotores de esta iniciativa, la eventual regulación de la maternidad subrogada conlleva inevitablemente la renuncia por parte de la gestante a la filiación del niño que ha dado a luz.

Paradójicamente, un día antes, el mismo medio editorial daba la noticia de que los jóvenes del Partido Popular, englobados en las Nuevas Generaciones, asumen la necesidad de analizar, con expertos, la cuestión de la maternidad subrogada, por entender que ese debate ya está abierto en la sociedad<sup>3</sup>.

Vemos así que la situación está todavía lejos de resolverse y que los puntos de vista de los distintos sectores sociales (partidos políticos, Iglesia, colectivos feministas, colectivos LGTBI...) son muy dispares, tanto entre ellos como entre los miembros que los integran.

Es un tema abierto al diálogo y la opinión, en el que cada uno encuentra razones para posicionarse a favor o en contra de su práctica.

Pero antes de opinar, debemos concretar qué se entiende por maternidad subrogada.

La primera aproximación que debe realizarse al concepto de maternidad subrogada ha de venir de la mano, como no puede ser de otro modo, de nuestra Real Academia Española (RAE), la cual define el verbo “subrogar” así: “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”.

Desde el punto de vista que nos toca, el jurídico, se puede definir como aquella situación jurídica por la cual una persona va a adquirir los derechos y deberes de otra. Por ello cuando nos referimos a la realidad de la maternidad subrogada, de entrada, nos estamos refiriendo a un padre o una madre que ocupa el lugar de otra persona, asumiendo y haciendo suyos los derechos y obligaciones de aquella.

Se han dado distintos nombres para referirse a la misma realidad:

---

<sup>1</sup> Ver *El Mundo* de 18 de abril de 2017, p. 35, disponible en <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/04/17/58f4b7aa22601da8288b461a.html> y también para más información *El País* de 17 de abril de 2017, disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2017/04/17/actualidad/1492429458\\_766419.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/04/17/actualidad/1492429458_766419.html).

<sup>2</sup> Son las siglas que designan colectivamente a lesbianas, gays, transexuales, bisexuales y personas intersexuales.

<sup>3</sup> Ver *El Mundo* de 17 de abril de 2017, p. 12, con la noticia “NNGG pide a Rajoy que apruebe ya la ley de autónomos de Rivera”, disponible en <http://www.elmundo.es/espana/2017/04/17/58f3befa46163f6b438b4615.html>.

maternidad sustituta; maternidad de sustitución; alquiler de vientre; maternidad o madre de alquiler; gestación por sustitución; arriendo de útero; arrendamiento de vientre; donación temporaria de útero; gestación subrogada; madre portadora; maternidad suplente; gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro; vientre de alquiler; gestación por encargo; alquiler de útero,...

De una forma más precisa, podemos definir la gestación por sustitución o maternidad subrogada como “el acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o pareja, comprometiéndose a que, una vez el embarazo llegue a término, hará entrega a aquella o a aquellos/as del recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera llegar a corresponderle sobre el hijo gestado”<sup>4</sup>.

También es posible esta definición: “Convenio por el cual una mujer acepta comprometerse frente a otra u otras para gestar en su propio vientre un embrión que ha sido fecundado extracorpóreamente, ya sea de forma homóloga o heteróloga, para acabar entregando la criatura al finalizar el parto”<sup>5</sup>.

Además, en España, y como se verá más adelante, los tribunales han formulado una definición del convenio de gestación por sustitución: “Este es un contrato bien oneroso o gratuito a través del cual la mujer sustituta consiente en llevar a cabo la gestación por medio de técnicas de reproducción asistida, aportando o no su óvulo, con la promesa o compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser: una persona o pareja, casada o no entre sí, que a su vez pueden o no aportar sus gametos”<sup>6</sup>.

A efectos de poder comprender convenientemente las siguientes páginas de este trabajo resulta necesario deslindar una serie de términos que permiten entender, *prima facie*, de qué hablamos cuando hacemos referencia a la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada o gestación subrogada es el embarazo de una mujer con el objetivo de engendrar un niño que será criado por una pareja o por una persona soltera

---

<sup>4</sup> Bayarri, M.L. (2015) “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, Noticias Jurídicas, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

<sup>5</sup> Peralta, J.R., (2004) *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial Moreno, Madrid, S.A.

<sup>6</sup> Sentencia núm. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (Sección 10ª). Disponible en <file:///C:/Users/Invitado/Downloads/APValencia%202011.11.23%20REC%20N%C2%BA%20949.2011.pdf>.

como si fuera propio. Esta madre, que acepta quedar embarazada, es llamada madre gestante, madre sustituta, madre de alquiler o vientre de alquiler.

Por otro lado, los padres intencionales, comitentes o subrogantes son quienes desean tener un hijo y recurren a una mujer para que se quede embarazada, y pueden hacerlo por medio de un contrato de gestación subrogada o contrato de maternidad subrogada, el cual es un negocio jurídico concertado entre los padres intencionales y la madre gestante con el objetivo de engendrar y dar a luz a un niño que será entregado a los padres intencionales.

En cuanto a la paternidad, es un término que se emplea con sentido amplio, y comprende tanto la paternidad como la maternidad, al igual que el término padres.

Es oportuno señalar, antes de concluir esta introducción, que estamos ante un problema global, presente en casi todos los Estados. Por eso conviene analizar en primer lugar qué ha pasado en otros países de nuestro entorno para después entrar a estudiar el Derecho español. Una vez fijadas las bases jurídicas estaremos en disposición de entrar a valorar cuestiones relativas a la madre gestante (mercantilización de su cuerpo, autonomía para tomar su propia decisión...) y a los padres intencionales (derecho a la reproducción y a la salud, el posible daño que genera la prohibición de la gestación por sustitución...). A continuación conoceremos, siquiera someramente, que es lo que opinan los sectores sociales de mayor relevancia en la sociedad española (partidos políticos, Iglesia, colectivos feministas y LGTBI, etc.) y por último, una vez hayamos concluido estos apartados, estaremos en disposición de tener una opinión más acertada, o cuanto menos más informada, que nos ayude a posicionarnos a favor o en contra de la práctica de la maternidad subrogada.

## **2. UNA MIRADA AL DERECHO EXTRANJERO**

En este apartado se tratará de dar una breve visión de la manera en que otros países han encarado el problema, bien legalizándolo o ilegalizándolo. También, en los tres últimos subapartados se analiza la peculiar situación jurídica imperante en Rumanía, México e India.

### **2.1. Introducción**

El hecho de que la maternidad subrogada se prohíba en un país (como ocurre con España) no impide que esta práctica se pueda seguir llevando a cabo en otros, que por el contrario, sí que la permiten. Ello conlleva que solo las personas con un poder adquisitivo alto puedan hacer material su deseo de tener uno o más hijos por medio de esta práctica, lo

que ha dado lugar al término “turismo reproductivo”. Hoy día entendemos por turismo reproductivo aquella práctica por la que una persona o pareja viaja a otro país para acceder a distintos tratamientos reproductivos que o bien están prohibidos en su país o bien son de una cuantía económica menor en el país de destino. Es una práctica que preocupa debido a la imposibilidad de hacer un control exhaustivo de la calidad y la seguridad en los servicios ofertados, lo cual lleva a que aumente el riesgo de que se den situaciones de explotación de las mujeres que pueblan los países en vías de desarrollo. De esta forma, el turismo reproductivo muestra como la reproducción humana puede convertirse en objeto de comercio. Ante esta situación no debemos olvidar los problemas que se crean en ocasiones cuando los padres comitentes quieren traer al menor a su país de origen, como es el no reconocimiento de la resolución extranjera relativa a la filiación legal, o también, la negativa del país de origen a que sea inscrito el certificado de nacimiento en el Registro Civil.

Ante este problema real y actual, tres son las alternativas con las que podemos enfrentarlo. La primera forma de encarar este problema sería reforzando las leyes, fijando como ilegal el turismo reproductivo. Otra manera de atajar este sinsentido jurídico sería armonizar toda la legislación que existe al respecto con el objeto de que quien quiera tener un hijo pueda hacerlo y posteriormente su país de origen le reconozca la paternidad o maternidad. Y por último, nos encontramos con aquellos que defienden que el turismo reproductivo es una garantía de autonomía para los padres<sup>7</sup>. Del mismo modo, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya desarrolló un informe en abril de 2012 sobre los problemas que se derivan de los contratos de gestación por sustitución de carácter internacional. Este informe propone que se adopte un convenio que permita establecer un marco para la cooperación entre autoridades que permita reconocer filiaciones determinadas legalmente en un país que sí admite la gestación por sustitución en otro Estado que prohíbe dicha técnica<sup>8</sup>.

## 2.2. Países en los que sí que es legal

La gestación por sustitución es una práctica legalizada en ciertos países del mundo. Algunos de ellos son Georgia, India, algunos Estados de EEUU, Rusia o Ucrania, entre

---

<sup>7</sup> Farnós, E.: “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting”, en *Indret*, nº3 (2010) p. 9, disponible en [http://www.indret.com/pdf/751\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf).

<sup>8</sup> Vilar, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED* nº14 (2014), p. 926, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13293/12164>.

otros. Analizar cómo algunos de estos países legislan sobre la gestación por sustitución aportará luz a la forma en que se entiende esta práctica por otras culturas, que al igual que la nuestra, prohíben dicha práctica.

El artículo 123 del Código de Familia de Ucrania dispone que si el embrión generado por los padres comitentes es transferido a otra mujer, los padres legales del nacido serán los que tuvieron la intención de tener el hijo. La ley ucraniana no otorga derecho alguno a la mujer gestante sobre el futuro nacido. Serán los padres intencionales los que figurarán en el registro civil de Ucrania a todos los efectos legales. Por otro lado, solo las parejas heterosexuales casadas de acuerdo con la ley pueden optar por esta modalidad de reproducción<sup>9</sup>.

En Rusia la gestación por sustitución aparece regulada en los arts. 51 y 52 del Código de Familia, en la Ley Federal 323-FZ y por el artículo 16 de la Ley Federal 143-FZ. Solamente podrán acudir a esta modalidad reproductiva parejas heterosexuales y mujeres solteras, denegándose a hombres solteros por el hecho de que solo está permitido si hay una incapacidad de embarazo médicamente reconocida por parte de la que quiere ser madre debido a causas como riesgo de enfermedades o ausencia de útero. También ocurre que solo se permite la modalidad gestacional, es decir, aquella en la que la mujer gestante no aporta óvulos. Se requiere que la madre gestante dé su consentimiento para que los comitentes puedan inscribirse como padres legales en el registro civil ruso y en caso de no renunciar podría quedarse con el bebé<sup>10</sup>. Una vez los padres intencionales figuren en el certificado de nacimiento, se convierten en padres legales del bebé. Además, tiene que tener entre veinte y treinta y cinco años, haber tenido un hijo previamente y gozar de buena salud física y emocional. Si estuviese casada, requerirá del consentimiento de su marido.

El funcionamiento para los españoles que viajan a Rusia para tener un bebé por maternidad subrogada es éste: la filiación en el consulado español es adjudicada al padre y posteriormente, tras obtener la renuncia de la gestante a los derechos y obligaciones del bebé la madre de intención procederá a la adopción del hijo de su pareja. Es decir, que para poder registrar al bebé en el consulado español es requisito previo cumplir dos condiciones: la primera es conseguir la partida de nacimiento con el nombre de la gestante y del padre

---

<sup>9</sup> Maternidad subrogada en Ucrania, disponible en <http://surrogacy-ukraine.com/index-esp.php>.

<sup>10</sup> Vilar, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución". *Revista de Derecho UNED* núm. 10 (2014), p. 234.

intencional, la cual otorga la filiación a ambos. La segunda condición es la renuncia de la gestante, lo que provoca el traspaso de los derechos de maternidad de ésta al padre intencional. A continuación la madre intencional ya puede iniciar los trámites para adoptar el bebé de su pareja<sup>11</sup>.

Es importante que en el acuerdo de gestación subrogada quede todo perfectamente estipulado. Aun así, el contrato de gestación en Rusia no es una entrega de un bebé, sino una transferencia de derechos y obligaciones sobre el bebé por parte de la madre gestante en beneficio de los padres de intención.

La principal diferencia que mantiene respecto con Ucrania estriba en que en Ucrania la ley obliga a la madre gestante a renunciar al bebé, lo que no ocurre en Rusia.

La situación es más compleja en Estados Unidos. Esta materia se regula a nivel estatal, por lo que podemos encontrar distintas regulaciones sobre la maternidad subrogada en los diferentes Estados de la Unión. Por ejemplo, Nueva York, Utah o Michigan tienen prohibida esta modalidad de gestación. Por otro lado, Washington, Louisiana o Florida tiene permitida la modalidad altruista. En último lugar, California, Maryland, Illinois o Arkansas la permiten ampliamente.

El Estado de California es el más demandado por aquellas personas que quieren tener un bebé mediante maternidad subrogada al ser el más liberal en esta materia. Aunque no cuenta con una legislación detallada, en la práctica actúa por jurisprudencia.

Uno de los primeros casos que dieron forma a esta jurisprudencia fue el conocido caso Calvert contra Johnson, en el cual el juez Parslow otorgó la custodia del bebé a los padres genéticos en detrimento de la madre gestante que reclamaba que el hijo era suyo por haberlo engendrado<sup>12</sup>. Las razones principales por las que California es el destino favorito para tener hijos mediante gestación subrogada son tres. En primer lugar, no se cierra la puerta a ningún modelo de familia, con indiferencia del estado civil, orientación sexual o procedencia de la persona o personas que quieren un bebé. En segundo lugar, la paternidad legal se establece simplemente por la intención de procrear, con indiferencia de que los

---

<sup>11</sup> Salgado, S. (2016) “Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/rusia/>.

<sup>12</sup> Salgado, S. (2016) “La gestación subrogada en California: el destino más demandado en USA”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/>.

padres intencionales hayan aportado material biológico para tener el bebé. Esto abre la puerta a usar tanto semen como óvulos de donantes. Por último, la filiación se fija por una sentencia judicial que otorga la paternidad a los padres contratantes y que cierra la puerta a cualquier tipo de arrepentimiento posterior por parte de la madre gestante<sup>13</sup>.

### 2.3. Países en los que es ilegal

De entre todos los países que componen el panorama internacional y que tienen ilegalizada esta práctica, destacamos en Europa: Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Austria, Noruega, Suecia, Islandia, Estonia y Moldavia. En el resto del mundo podemos citar países como Turquía, Arabia Saudita, Pakistán, China o Japón, entre otros.

En el caso de Francia los padres de intención serán penados con un máximo de tres años de prisión y una multa de 45 000 euros. Además, para aquellas personas que intermedien en el proceso, tales como médicos o clínicas, la pena es de un año de prisión y hasta 15 000 euros de multa. Esta pena puede llegar a duplicarse si el proceso tiene por objeto un lucro económico.

En cuanto a Italia, recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH<sup>14</sup>) avaló la decisión de las autoridades competentes italianas de retirar a unos padres la custodia sobre un niño nacido por medio de gestación por sustitución y con el cual no guardan vínculo biológico alguno, principal argumento éste último esgrimido por el Tribunal para justificar su fallo<sup>15</sup>. El Tribunal señala la legitimidad de las autoridades de los Estados y su competencia para reconocer las relaciones paterno-filiales, con el fin de proteger al menor. En esta sentencia el Tribunal afirma que esta medida se ajusta al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que administra aquellos casos en que puede haber injerencia de los poderes públicos en la vida privada y familiar. El fallo señala que hay una ausencia de lazos biológicos entre los solicitantes y el niño, y que una relación de corta duración con el niño como ha sido el caso (nueve meses) no es

---

<sup>13</sup> Farnós, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Revista para el análisis del derecho* n.º. 1, *InDret* (2010), pp. 11 – 12.

<sup>14</sup> El TEDH, también llamado Tribunal de Estrasburgo, es el garante del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones derivadas del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

<sup>15</sup> “Caso Paradiso y Campanelli contra Italia”, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["surrogacy"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"kdate":\["2017-01-24T00:00:00.0Z"\],"","itimid":\["001-170359"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

suficiente tiempo como para pensar que podría crear un daño psicológico al menor. Por último, el Tribunal termina remarcando que la Convención Europea de Derechos Humanos no reconoce un derecho a convertirse en padres y que en todo caso, el deseo de ser padres de los contratantes no puede estar por encima del interés público<sup>16</sup>.

En estrecha unión a este caso, hay otro por el que un matrimonio italiano pierde la custodia de su hija por ser demasiado ancianos<sup>17</sup>. La madre se sometió a un procedimiento de fertilización *in vitro* fuera de Italia con cincuenta y seis años de edad por el que dio a luz a la pequeña. Después de la denuncia de una vecina por abandono de la menor en el coche del padre y por el que los dos fueron absueltos, un tribunal de menores decidió quitarles la custodia por un solo motivo: ser demasiado mayores. A ojos del juez que dictó sentencia, el nacimiento de la niña fue fruto de la aplicación de las posibilidades que crea el enorme progreso en materia genética, lo cual implica que quedará huérfana pronto y que tendrá que cuidar de unos padres ancianos y con altas posibilidades de padecer minusvalías. La pequeña fue finalmente acogida por otra familia.

Poniendo la vista en Asia, es imprescindible hacer mención a China, Estado en el cual la gestación por sustitución está prohibida. El portavoz de la Comisión Nacional de Salud y Planificación Familiar, Mao Qun'an, expresó en febrero de 2017: "Continuaremos sancionando severamente el incumplimiento de la ley que prohíbe la subrogación y aseguraremos que la gente tenga acceso a servicios seguros, regulados y eficaces de tecnología de reproducción asistida"<sup>18</sup>.

Ya adelantamos que la regulación de esta materia era muy distinta entre los diferentes Estados que conforman los Estados Unidos. Así, por ejemplo, en el Estado de Michigan, la gestación por sustitución está prohibida salvo si es altruista. Cualquier violación de estas normas es castigable con multa de hasta 10 000 dólares o un año de prisión. Además,

---

<sup>16</sup> Martínez, M. (2017) "Estrasburgo da la razón a Italia". *Alfa y Omega*, disponible en <http://www.alfayomega.es/91439/europa-da-a-italia-la-custodia-de-un-nino-de-vientre-de-alquiler>.

<sup>17</sup> García, C. (2017) "Un matrimonio italiano pierde la custodia de su hija por ser demasiado ancianos". *El País*, disponible en [http://elpais.com/elpais/2017/03/14/mamas\\_papas/1489485287\\_313993.html](http://elpais.com/elpais/2017/03/14/mamas_papas/1489485287_313993.html).

<sup>18</sup> Yang, E. (2017) "La maternidad subrogada seguirá estando prohibida". *Spanish.china.org.cn*, disponible en [http://spanish.china.org.cn/txt/2017-02/11/content\\_40266960.htm](http://spanish.china.org.cn/txt/2017-02/11/content_40266960.htm).

cualquiera que intermedie en un contrato de gestación por sustitución es culpable de un delito que acarrea multa de hasta 50 000 dólares o cinco años de prisión<sup>19</sup>.

#### **2.4. Países en los que es legal únicamente en su modalidad altruista**

No todo son blancos o negros. La gestación por sustitución realizada de forma altruista, es decir, sin esperar ningún tipo de contraprestación a cambio más que en todo caso la necesaria para cubrir los gastos elementales fruto del embarazo y el posterior alumbramiento gana fuerza y se postula como una realidad en algunos Estados alrededor del mundo, entre los cuales paso a destacar los más importantes.

En EEUU nos encontramos con que Washington, Louisiana, Florida, Nevada y Virginia permiten la gestación por sustitución. También Brasil y Reino Unido lo permiten, si bien de forma muy restringida. Como prototipo de la gestación subrogada altruista tenemos Canadá, donde la maternidad subrogada es una técnica reproductiva permitida por ley en todo el territorio, a excepción de la provincia de Québec, bajo las siguientes premisas: la gestante no puede recibir ningún tipo de compensación económica, aunque sí está permitido que los padres reembolsen los gastos derivados del embarazo, como la alimentación, ropa del bebé, etc. A ello se suma que puede acceder a esta modalidad cualquier modelo de familia, que la filiación del menor queda determinada por sentencia judicial antes del nacimiento y que queda prohibida cualquier actividad de intermediación en el acuerdo de gestación subrogada.

Por último la gestante debe ser mayor de veintiún años y los bebés obtienen la nacionalidad canadiense, además de la de sus padres en el caso de que éstos sean extranjeros.

#### **2.5. La especial situación presente en Rumanía**

La razón por la que Rumanía es tratada en un apartado único es lógica: hay un vacío jurídico. Rumanía no cuenta con una ley que regule la reproducción humana asistida, así como de legislación relativa a la gestación por sustitución. Desde 2012 existe un proyecto de ley que pretende regularizar estas prácticas, si bien aún no ha sido aprobado<sup>20</sup>. Esto crea un importante vacío legal en esta materia, lo que origina que aunque la ley no lo prohíba, tampoco reconoce la filiación de los nacidos por este método a favor del padre o los padres

---

<sup>19</sup> *Surrogacy in Michigan*, fertility authority, disponible en <https://www.fertilityauthority.com/articles/surrogacy-michigan>.

<sup>20</sup> *Mama surogat sau purtatoare*. (2014), disponible en <http://www.copilul.ro/fertilitate/infertilitate/Mamasurogat-sau-purtatoare-a4556.html>.

comitentes. Según el art. 408.1 del Código Civil (CC) rumano, se considera madre a aquella mujer que da a luz a un hijo, con independencia del origen del material genético. Además, si esta mujer estuviere casada, se presume la paternidad. Por otro lado, según el art. 414.2 CC, si su marido no es el padre biológico, puede negar la paternidad que la ley le atribuye *iuris tantum*. Al igual que ocurre en España, la única posibilidad para que los padres comitentes puedan determinar la filiación a su favor es por medio de la adopción. Resulta importante señalar que en el año 2014 la Corte de Apelación de Timisoara reconoció a una mujer comitente como la legítima madre legal de dos menores nacidos por gestación por sustitución. Consideró que en este caso no había alteración del orden público, ya que se había llevado a cabo de forma altruista. Además, la Corte estimó que era necesario reconocer esta filiación a favor de los padres biológicos, que en este caso coincidían con los padres comitentes, ya que si no se estaría vulnerando el art. 8 CEDH. Por tanto, la Corte de Apelación siguió las directrices del Tribunal de Estrasburgo<sup>21</sup>. El proyecto de ley que por el momento no ha sido aprobado y que pretende regularizar la gestación por sustitución establece dos requisitos: el primero de ellos consiste en que el contrato se lleve a cabo ante notario y el segundo exige a la mujer gestante que renuncie a todos sus derechos de maternidad. Este proyecto solo contempla esta práctica en parejas heterosexuales y mujeres solteras, y solo en la modalidad altruista, si bien se permite sufragar aquellos gastos inherentes al proceso de embarazo<sup>22</sup>.

## 2.6. El caso de la India

Otro caso que merece una mención propia y apartada de la clasificación establecida en los anteriores subapartados es la India, país en el que hasta el año 2015 estaba permitida la gestación por sustitución siempre que los extranjeros presentasen una carta de su embajada que reconociese que la subrogación se reconocía también en su país de origen<sup>23</sup>. Esta es la razón por la que no era un destino apto para españoles.

---

<sup>21</sup> Premiera in Justitie: O femeie a fost declarata mama naturala a copiilor nascuti de sora ei. (2014), disponible en <http://www.hotnews.ro/stiri-esential-16587975-premiera-justitie-femeie-fost-declarata-mama-naturala-copiilornascuti-sora.htm>.

<sup>22</sup> Mama surogat sau purtatoare (2014), disponible en <http://www.copilul.ro/fertilitate/infertilitate/Mamasurogat-sau-purtatoare-a4556.html>.

<sup>23</sup> Salgado, S. (2016) “Maternidad subrogada en la India”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/india/#nueva-legislacion-en-gestacion-subrogada>.

Actualmente la ley india solo permite acceder a la gestación por sustitución a los nacionales y, de los extranjeros, solamente a aquellas parejas heterosexuales casadas en cuyo país sea legal dicha técnica reproductiva. Con el objeto de frenar el turismo reproductivo, la India obliga a las parejas heterosexuales extranjeras a que soliciten un visado médico especial que solamente se concede a dichas parejas que lleven dos años casadas. Además, se deben aportar una serie de documentos, como son: una declaración jurada por parte de los padres solicitantes que van a cuidar a los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución, el contrato legal entre los padres y la madre gestante, una prueba de que el proceso se ha llevado a cabo en una clínica registrada y reconocida, y la carta de la clínica en la que se confirme que la gestante ha sido pagada conforme a lo pactado en el contrato.

Sin embargo, en octubre del año 2015, el Gobierno Indio presentó un proyecto de ley que todavía no ha sido aprobado, por el que se intenta poner freno a la llegada masiva de extranjeros que pretenden engendrar un hijo por medio de la gestación por sustitución. Si el proyecto de ley sale adelante, solamente podrán acudir a la gestación por sustitución las personas que reúnan estos requisitos: ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un/una ciudadano/a indio/a, ser un matrimonio heterosexual con acreditados problemas de fertilidad, llevar al menos cinco años casados y por último y el más importante, la gestación por sustitución debe ser altruista y la gestante debe ser un familiar cercano.

Hasta que este proyecto sea aprobado, la mujer india precisa del consentimiento expreso de su marido para ser madre subrogada. Además, ha de tener menos de treinta y cinco años de edad y debe tener al menos un hijo. Salvo situaciones concretas, y siempre que haya firmado un contrato con la clínica y los padres intencionales, pierde el derecho a interrumpir por su propia voluntad el embarazo. A esto se añade la prohibición de relación alguna entre los padres comitentes y la gestante con objeto de evitar cualquier aspecto emocional entre ellos, así como la nula aportación genética de la madre gestante al menor gestado.

La madre gestante, por otro lado, recibe una compensación económica por los servicios prestados muy alta en relación al nivel de pobreza que impera en la India, por lo que con este dinero consiguen en muchos casos mantener a toda la familia<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Salgado, S. (2016) “Maternidad subrogada en la India”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/india/#nueva-legislacion-en-gestacion-subrogada>.

## 2.7. El caso de México

El último caso un tanto particular al que quiero hacer referencia es el de México. El motivo por el que este país se trata aquí cuando de analizar la gestación por sustitución se trata, es una vez más, porque en la mayor parte del país existe un limbo legal causado por la falta de legislación al respecto. Solamente cuatro territorios nombran la gestación por sustitución en su sistema legal. Estos son: Tabasco, Sinaloa, Coahuila y Querétaro<sup>25</sup>. En los dos primeros está permitida y en los dos últimos territorios está prohibida.

En la actualidad, tanto en Sinaloa como en Tabasco solo pueden acceder a la gestación por sustitución los ciudadanos mejicanos. Esto significa que en todo México, la gestación por sustitución está prohibida a los extranjeros<sup>26</sup>.

En Tabasco, la gestación por sustitución es legal para parejas heterosexuales, legalmente casadas o que al menos actúen como marido y mujer, es decir, que tengan convivencia. Además, ha de ser de forma altruista.

En Tabasco se diferencian dos tipos de gestantes: por un lado la madre gestante sustituta, es decir, aquella que no tiene vinculación genética alguna con el menor, y por otro, la madre gestante subrogada, aquella que además de donar su capacidad de gestar a una pareja, aporta sus propios óvulos. El código civil del Estado de Tabasco reconoce la gestación por sustitución: “En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena”. Como se puede ver, en el caso de que no haya vinculación genética entre la madre y el bebé, la madre intencional será la madre legal del menor.

En definitiva, la ley deja claro que siempre que los óvulos no los haya aportado la gestante, el reconocimiento de la filiación será a favor de la madre intencional. Los acuerdos contractuales con respecto a la gestación por sustitución son aceptados siempre que haya un control del proceso por la Secretaría de Salud de Tabasco. Será esta Secretaría y no las agencias, la que se encargue de determinar el perfil de las gestantes así como de controlar

---

<sup>25</sup> México se define como un estado federal compuesto de entidades federativas, lo que en este párrafo denomino territorios.

<sup>26</sup> Salgado, S. (2016) “La gestación subrogada en México: leyes en cada Estado y precios”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/mexico/#requisitos-para-los-padres-de-intencion>.

los procesos de gestación por sustitución. Aparte, solicitará informes en detalle a las demás instituciones implicadas (hospitales, médicos, juzgados, etc.) en cada caso concreto. Además, ha de tratarse de una pareja heterosexual, hombre y mujer casados o que convivan como tales. A esto se suma la obligación de entregar a la Secretaría de Salud un certificado médico que demuestre su incapacidad de procrear por motivos de salud.

El proceso se debe realizar sin intermediarios y la mujer que quiera ser madre no puede ser mayor de cuarenta años. Además la pareja ha de contratar un seguro médico de gastos mayores para la madre gestante que cubra el embarazo y el parto<sup>27</sup>. Una vez haya nacido el bebé, los padres de intención deben llevar a cabo un procedimiento de adopción plena, sea el bebé genéticamente suyo o no. Por último, la madre gestante debe tener entre veinticinco y treinta y cinco años<sup>28</sup>.

El otro territorio que lo permite, Sinaloa, exige para realizar la gestación por sustitución ser ciudadano mejicano y que la madre intencional tenga incapacidad médica de tener un bebé<sup>29</sup>. Además exige que la madre gestante tenga entre veinticinco y treinta y cinco años de edad, que sea madre de un hijo sano, que tenga salud física y mental, que preste el consentimiento, que acredite mediante dictamen de un médico que no ha estado embarazada en el año previo inmediato a la implantación del embrión y que no se ha sometido más de dos veces a este procedimiento. Se admite tanto la gestación por contraprestación pecuniaria como la altruista.

En la actualidad hay una propuesta de ley que pretende ilegalizar la gestación por sustitución en Sinaloa, si bien por el momento no ha sido aprobada.

### **3. LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

---

<sup>27</sup> artículo 380 bis del Código Civil de Tabasco

<sup>28</sup> artículo 380 Bis 9 5 sección 3 Código Civil de Tabasco

<sup>29</sup> Artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida del Estado de Sinaloa: “La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”

En este apartado trataré de aclarar la situación jurídica de la maternidad subrogada en España, así como la jurisprudencia que ésta ha originado. Asimismo, en el segundo subapartado se trata la problemática que en la práctica genera la inscripción de los menores nacidos por esta práctica en el extranjero, a su llegada a España.

### **3.1. La prohibición jurídica de la maternidad subrogada**

La gestación subrogada está prohibida en España y los que defienden esta prohibición argumentan que el permitir la violaría el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978 (CE). Este artículo dispone que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Hay quienes creen que la gestación por sustitución viola la dignidad humana de la madre y del bebé. Por otro lado, los hay que creen que el no permitir a una mujer y a los padres emplear esta técnica reproductiva vulnera su derecho de gestar un hijo.

El bebé necesita la mayor protección, por lo que debe ser considerada madre aquella que tenga más posibilidades de darle una mejor protección y desarrollo. Es palpable el conflicto de derechos e intereses, y para legislar se ha tenido que hacer una ponderación de ellos. Pues bien, de acuerdo con el art. 108 CC, la filiación en España puede tener lugar por naturaleza o por adopción, siendo la primera modalidad la derivada de parto.

La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) contiene un conjunto de previsiones que se relacionan con la filiación de los hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida (arts. 7 a 10 LTRHA). Las técnicas de reproducción asistida se dirigen a propiciar la gestación de una mujer en los casos en que de forma natural concurren dificultades para llevar a buen fin un embarazo. Lo que en ningún caso admite nuestro legislador es la maternidad por sustitución.

Y es que la gestación subrogada es, en nuestro país, un contrato nulo. El art. 10 LTRHA declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El fundamento de esta prohibición puede encontrarse, según distintos autores, en los arts. 1261.2 y 1275 CC. El primero dispone que no hay contrato sino cuando concurre un servicio que sea materia del contrato, y diversos estudios defienden que el cuerpo humano no puede ser objeto de contrato. El art. 1275 CC establece que los contratos que incurren en una causa ilícita no producen efecto alguno. Si se considera,

como hacen algunos autores, que la maternidad subrogada contradice el orden público y las buenas costumbres<sup>30</sup>, puede justificarse así la prohibición de tal práctica.

Precisa el precepto que la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución será determinada por el parto. Previsión coherente con la nulidad del contrato: si el contrato es nulo, no debe producir efectos, particularmente el buscado de propósito a través del mismo. Queda a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Puede pensarse que las técnicas de reproducción asistida no permiten conseguir realizar todos los anhelos de paternidad. En el caso de parejas constituidas por dos hombres, en todo caso y por razones obvias y en el de las mujeres, porque en no pocas ocasiones, no pueden desde un punto de vista fisiológico llevar a buen término un embarazo. Para estas personas, la maternidad subrogada es una solución o, más bien, la solución a sus problemas y la llave a su sueño de tener uno o más hijos. Para ello deben ahora desplazarse a un país extranjero donde esta práctica sea legal.

Pero para que tal actuación sea eficiente, “será necesario, además, que la legislación de dicho país determine la filiación a favor de los padres intencionales<sup>31</sup>”. El proceso solamente finalizará con el reconocimiento de efectos jurídicos en España por medio de la inscripción registral de la filiación fijada de acuerdo con la norma extranjera. Pues bien, es en este último hito del proceso donde se plantea el conflicto.

La nulidad que proclama el art.10 LTRHA se da *ipso iure*, y es apreciable de oficio. Esta nulidad es también *erga omnes* o frente a todos, es decir, cuenta con efecto general frente a cualquier persona. Además, y siguiendo el art. 10.2 LTRHA, la filiación del niño que nace en virtud de un contrato de gestación por sustitución se determina por el parto. Eso sí, “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (art. 10.3 LTRHA).

Pero no es únicamente que la maternidad subrogada esté prohibida en nuestro país, es que su práctica constituye un delito tipificado por nuestro Código Penal de 1995 (CP). En efecto, el artículo 220.1 CP tipifica como delito la suposición de parto y lo castiga con

---

<sup>30</sup> Art. 1255 CC: los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público.

<sup>31</sup> Moreno Pueyo, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 116 (2015), p. 23, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=18567>.

prisión de seis meses a dos años. Este delito consiste en simular el alumbramiento de un niño que en verdad no se ha producido y hacer aparecer a un niño vivo que sí existe como si fuera el hijo nacido de una mujer que no es su madre<sup>32</sup>. A continuación, el art. 220.2 CP atribuye la misma penalidad al delito consistente en ocultar o entregar a terceros un hijo para modificar su filiación, bien sea ocultándolo de forma física o entregándolo gratuitamente a terceras personas.

En el art. 220.4 CP encontramos un subtipo agravado respecto a los tres apartados anteriores en el que se castiga a los ascendientes que cometieren los hechos descritos en los tres puntos anteriores además de con la pena de prisión ya mencionada, con la de pena de inhabilitación especial para ejercicio de patria potestad sobre el hijo. Tiene todo el sentido que se agrave la pena, ya que los padres y ascendientes tienen un mayor deber de cuidar a sus hijos. La razón de que imponer esta pena sea facultativo por parte del juez o tribunal es que se pueden dar ciertas situaciones de indigencia o violencia que obliguen a los padres o familiares a alterar la filiación de hijos o parientes con el fin de ayudarles a salir de esa situación.

Es, sin embargo, el art. 221 CP el que incide de forma más directa en nuestra materia objeto de estudio. En él se castiga con prisión de uno a cinco años además de inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela o guarda de cuatro a diez años a aquellas personas que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, con el objeto de establecer una relación análoga a la de filiación. También se incluye entre el sujeto activo del delito a la persona que reciba al menor y al intermediario, aun habiéndose producido la entrega del menor en país extranjero.

El tipo objetivo exige que la compraventa del niño se realice mediante compensación económica. Es este elemento el que diferencia este delito del tipificado en el art. 220.2 CP. Para la consumación del delito es necesario que tanto la entrega del niño como la compensación económica se hayan llevado a cabo.

En el apartado dos del art. 221 CP se hace alusión a aquellas acciones que desarrolla la persona que recibe al menor de edad, así como de los intermediarios, siendo castigados tales hechos aunque la entrega del menor se haya realizado en un país extranjero. Es por tanto un supuesto en el que se extiende la aplicación de la ley penal española fuera de

---

<sup>32</sup> Martínez, A.S.: “artículo 220”. Gómez Tomillo, Manuel (Dir): *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 824.

nuestras fronteras, y este precepto debe ser interpretado de conformidad con lo previsto en el art. 23.2 LOPJ. El legislador está haciendo referencia a aquellos casos de adopción internacional en que tanto la persona que recibe al niño como el intermediario, son españoles. De esta forma, se están eludiendo normas españolas en relación a la adopción internacional de menores y la filiación que de esta forma se pretende construir, tendrá después transcendencia en España, ya que el hijo adoptado de forma ilegal se convertirá en hijo de un español. Por esta razón nuestra ley extiende su competencia más allá de su ámbito territorial determinado por la ley penal y extiende su aplicación a países extranjeros, todo ello en cumplimiento del art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por último, y terminando con el análisis referente a nuestra materia en el ámbito de lo penal, el art. 222 CP constituye una agravación específica y establece una penalidad para aquel educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores. Según este precepto, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años. Es preciso, lógicamente, que el sujeto activo haya cometido el delito en el ejercicio de su profesión o cargo.

La idea de que la maternidad subrogada es una técnica prohibida y cuya práctica supone la comisión de un ilícito penal se conecta con diversos preceptos constitucionales, internacionales y legales. Así, presenta gran importancia, en primer lugar, el art. 39 CE, que hace referencia a la protección de la familia, de los hijos y de los niños, como comienzo de la especial tutela que los menores merecen. El marco jurídico se complementa también con la Carta de Derechos de las Naciones Unidas, en cuyo art. 8 se señala que “los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Finalmente, conviene recordar que los arts. 108 y ss del Código Civil protegen la filiación paterna, la materna, la filiación por naturaleza, matrimonial y no matrimonial, y también la filiación por adopción. La filiación presenta, así, un interés público. Este es la seguridad del menor, es decir, el derecho de éste a ser mantenido en el medio familiar que de forma natural o legal le corresponda. Pero la filiación también está afectada por un interés dirigido a garantizar que las personas tengan la filiación que les corresponda y a evitar aquellas maniobras que intenten su modificación, incluso cuando estén dirigidas a favorecer al

menor. Por este motivo, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida prevé sanciones para aquellas personas que infrinjan la prohibición de llevar a cabo esta técnica en nuestro país<sup>33</sup>.

Y, pese a todo, no deja de ser llamativo como en España no hay ni una sola sentencia en la que se condene a una persona a pena alguna por llevar a cabo la gestación por sustitución. Es posible que este hecho se explique porque las personas que quieren tener un descendiente siguiendo esta técnica opten por hacerlo en aquellos países en que dicha práctica está legalizada<sup>34</sup>. Asimismo, no deja de ser sorprendente que la maternidad subrogada realizada fuera de nuestras fronteras tenga consecuencias en el mundo del Derecho español, como ocurre con las prestaciones por maternidad.

Recientemente se ha dado el caso de que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) ha prohibido la salida de un menor nacido por gestación subrogada de Rusia con destino a España basándose en la doctrina contenida en la sentencia de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>35</sup>. El consulado se negó a otorgar salvoconducto a la pareja para que viajase a España con el menor. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) defendió la decisión del consulado afirmando que no puede

---

<sup>33</sup>Artículo 27. Sanciones de la ley 14/2006 1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros. En el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 26.c) 2.ª y 3.ª, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida. En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b) 5.ª, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida. 2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia. 3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor. 4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción. 5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.

<sup>34</sup> Sin embargo, un suceso muy reciente acaecido en España puede cambiar esta realidad y suponer la primera condena a pena de prisión en nuestro país. El 19 de noviembre de 2016 una pareja gay y una madre gestante fueron detenidos y posteriormente puestos en libertad con cargos a la espera de juicio por haber participado los tres en un acuerdo por el que la madre gestante se comprometió a entregar a su hijo al nacer a cambio de 10000 euros a la pareja gay. Noticia disponible en <http://www.elmundo.es/andalucia/2016/11/29/583d4358468aebd74e8b45f0.html>.

<sup>35</sup> Case of Paradiso and Campanelli v. Italy. Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25358/12"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-170359"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

admitirse como título una certificación registral extranjera, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del bebé en la que no figure la identidad de la madre gestante. A juicio del tribunal, no consta que la madre gestante haya prestado el consentimiento con todas las garantías judiciales ante un órgano judicial de la federación rusa que determine la filiación respecto a los padres españoles<sup>36</sup>. Al no haber aportado los padres gestantes material genético alguno, no hay posibilidad de establecer una filiación biológica entre el menor y los padres intencionales. También se otorga relevancia en la sentencia al hecho de que la duración de la relación entre el menor y los padres intencionales ha sido corta.

### 3.2. Reconocimiento jurídico de alguno de los efectos derivados de la maternidad subrogada

En este apartado examinamos una paradoja: se ha señalado con anterioridad que la maternidad subrogada es una técnica prohibida en el Derecho español y que su práctica constituye, además, un ilícito penal. Pues bien, no deja de ser sorprendente que si la maternidad por sustitución se realiza en el extranjero, pueda tener consecuencias jurídicas en nuestro país referidas al derecho a recibir una prestación por maternidad<sup>37</sup>.

Examinaremos a continuación algunas Sentencias del Tribunal Supremo que han mantenido que los padres subrogantes tienen derecho, en determinados casos, a beneficiarse de las prestaciones por maternidad.

La primera resolución que vamos a examinar es la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 19 de octubre de 2016<sup>38</sup>. Esta resolución confirma las Sentencias previas<sup>39</sup> que reconocen el derecho del recurrente, casado con otro hombre, a recibir la

---

<sup>36</sup> Bécares, R. (2017) “El TSJM avala la decisión de negar la salida de Rusia a un bebé nacido por maternidad subrogada”. *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/madrid/2017/04/05/58e4d75ae2704edd318b4620.html>.

<sup>37</sup> Es una prestación económica que trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento y tutela, legalmente establecidos. Para más información consultar: [http://www.segsocial.es/Internet\\_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondeMaterni43344/index.htm](http://www.segsocial.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondeMaterni43344/index.htm).

<sup>38</sup> STS 897/2016, disponible en <http://www.elaboralista.com/media/docs/2016-12-22-la-gestacion-subrogada-declarada-situacion-prottegida-para-percibir-la-la-prestacion-por-maternidad.pdf>. Ver también Reyes Rincón. (2016) “El Supremo reconoce el derecho de los padres por gestación subrogada a disfrutar de baja maternal”. *El País*, disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2016/10/20/actualidad/1476971361\\_784773.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/10/20/actualidad/1476971361_784773.html).

<sup>39</sup> Sentencias del Juzgado de lo Social 28 de Barcelona de 23 de julio de 2014 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 2015.

prestación de maternidad por un hijo que ha nacido a través de maternidad subrogada, declarada por la *Superior Court of the State of California* de los Estados Unidos de América.

El INSS considera que estas resoluciones judiciales contradicen la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 (C-167/12), en la que se afirma que la negativa del permiso de maternidad a una mujer que ha tenido un hijo mediante maternidad subrogada (técnica legal en el Reino Unido), no vulnera ni la Directiva 92/85/CEE (sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia) ni la Directiva 2006/54/CEE (sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres).

El Tribunal refuta esta tesis, por entender, que el Derecho español puede ofrecer una protección más amplia a la exigida por las normas de la Unión, recordando que nuestra legislación contempla situaciones que se asimilan a la maternidad (adopción, acogimiento, etc.) (art. 133 bis. LGSS/1994), lo que permite servirse de la analogía para el actual supuesto sometido a su examen. Entiende, en conclusión, que no existe contradicción entre las resoluciones sometidas a discusión, por lo que, lógicamente, inadmite el recurso presentado para la unificación de doctrina.

También presenta interés, en segundo lugar, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016<sup>40</sup>.

Para entender esta Sentencia conviene remontarse al inicio del litigio, el cual enfrenta a D<sup>a</sup> Cristina con el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), debido a que éste se niega a pagar prestaciones por maternidad a la parte actora arguyendo que la gestación de un menor por maternidad subrogada no es una situación protegida a los efectos de la prestación por maternidad. En sentencia de 2 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 31 de Madrid desestima la demanda interpuesta por la parte actora contra el INSS y la TGSS. En dicha sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: la actora, D<sup>a</sup> Cristina, tuvo un hijo por maternidad subrogada en California, lugar donde fue dictada sentencia a su favor declarando que el *nasciturus* es hijo de D<sup>a</sup> Cristina y su marido. Tiempo después el hijo nace y es inscrito en el Consulado General de España en Los

---

<sup>40</sup> STS de 16 de noviembre de 2016, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfs/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TS%20Social%2016%20noviembre%202016.pdf>.

Ángeles, tras lo cual la actora solicitó la prestación por maternidad, siendo denegada ésta por el INSS. Asimismo, en la misma fecha se negó también la prestación por paternidad al marido de la actora. Ante esta resolución, la actora interpuso reclamación previa, ante la cual, la Dirección Provincial del INSS dictó resolución desestimatoria. Contra esta sentencia el letrado de la parte actora formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en recurso 142/2014, lo desestimó. Contra esta Sentencia, el mismo letrado interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 20 de septiembre de 2012, recurso 1604/2012, con el fin de ver reconocido el derecho que la actora considera que tiene a la prestación de maternidad. Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo falla a favor de la actora, estimando la demanda formulada, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad<sup>41</sup> y ello en base a normativa diversa<sup>42</sup>, que en definitiva reconoce el interés superior del menor, la obligación del Estado de proteger al menor de toda forma de discriminación y la protección integral de las madres cualquiera que sea su estado civil.

No podemos concluir este recorrido por algunas de las Sentencias del Tribunal Supremo más relevantes en estas materias sin detenernos, en tercer lugar, en la dictada por la Sala de lo Social el 25 de octubre de 2016. Será examinada con especial detalle por diversas razones. La primera es que su fundamentación es muy completa y detallada, y nos permitirá incluir referencias al Derecho de la Unión y el ordenamiento jurídico español.

El objeto del conflicto gira en torno al reconocimiento o denegación del derecho a lucrar prestaciones de maternidad pedidas por un varón cuya paternidad de dos menores se acredita como filiación por naturaleza en el Registro civil consular español, junto a la de la madre. Consta asimismo como hecho probado que, con posterioridad al nacimiento de las niñas –y a su inscripción registral-, el padre y la madre pactaron que el padre ejercería con exclusividad todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad debido a la imposibilidad de la madre para ejercer su función. El INSS rechazó el reconocimiento de

---

<sup>41</sup> Mercader, Jesús R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2017/1, p. 20, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5865593>.

<sup>42</sup> Arts. 2 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño, art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, arts. 10.2 y 39.2 de la Constitución Española y arts. 45.1 y 48.4 del Estatuto de los trabajadores.

la prestación sosteniendo que no concurre ninguna de las situaciones que protege el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Una vez desestimada la demanda en la instancia, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña acoge de forma favorable el recurso de suplicación del actor y, estima la demanda reconociendo al actor el derecho a percibir la prestación de maternidad, así como el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo. Frente a la misma la letrada del INSS interpone recurso de casación unificadora, en el que considera que tanto las normas de la UE (Directiva 92/85/CEE y jurisprudencia correlativa), cuanto las previsiones internas sobre la Seguridad Social (art. 133. Bis LGSS), relaciones laborales (art. 48.4 ET) y Reproducción Asistida (art. 10 Ley 14/2006), así como sobre el Registro Civil (art. 23 de su ley) conducen a desestimar la pretensión.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 25 de octubre de 2016 desestima el recurso presentado por la letrada del INSS contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015. De esta forma, su contenido deviene firme. En su resolución, esta sentencia establece que de las diversas Directivas de la UE que influyen sobre el tema se desprende que la cuestión examinada es ajena a las mismas. No es discriminatorio rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos. Tampoco es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales. Tales conclusiones no impiden no obstan a que el ordenamiento español acoja solución contraria, dado el carácter de norma mínima que poseen las Directivas. Advierte además, que si bien se impide que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a la gestación por sustitución a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial que así lo manifieste, si los menores poseen relaciones familiares de facto, debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos familiares. Continúa el TSJ de Cataluña afirmando que existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogada, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

En el siguiente subapartado se aborda el conocido como “caso californiano”, de gran importancia por las consecuencias que, como veremos, generó en la práctica registral de menores nacidos mediante maternidad subrogada.

### **3.3. La inscripción de los menores en España**

Dos hombres de nacionalidad española, de nombres Luis y Fernando, unidos por vínculo matrimonial, solicitan en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de sus hijos Alejandro y Diego, nacidos en California por medio de gestación por sustitución.

A continuación el encargado del Registro Civil Consular deniega lo solicitado por los interesados, invocando la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, en concreto, su art. 10, el cual prohíbe de forma absoluta la gestación por sustitución y establece que la filiación de los niños nacidos por tal medio se determinará por el parto. Los dos varones interponen recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) que, por resolución de 18 de febrero de 2009 estima el mismo y manda practicar la inscripción de filiación a favor de los dos solicitantes.

La DGRN argumenta que “ante una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos, lo que debe comprobarse es si el documento extranjero satisface las exigencias legales para el acceso al Registro Civil español<sup>43</sup>”. En definitiva, que se trate de un documento público, legalizado cuando sea necesario y traducido. Además cumple con el requisito de que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que lleve a cabo funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas en España.

Por último sería preciso que la certificación registral extranjera no produjera efectos contrarios al orden público internacional español, lo cual no hace. Para ello da una serie de razones en apoyo de su tesis, las cuales quedan resumidas así:

- a) Está permitido que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres<sup>44</sup>, con lo que no permitir que la filiación conste a favor de dos varones resulta discriminatorio y prohibido de acuerdo al art. 14 CE.
- b) La defensa del interés superior del menor aconseja inscribirlo en el Registro Civil español tal como figura en el Registro extranjero.

---

<sup>43</sup> Moreno, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 116 (2015), p. 24, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=18567>.

<sup>44</sup> art. 7.3 Ley 14/2006.

- c) El interés superior del menor se traduce en el derecho del menor a una identidad única que, a su vez, implica el derecho del menor a disponer de una filiación única y válida en varios países.
- d) En Derecho español existe la posibilidad de determinar la filiación natural a favor de una mujer casada con otra que da a luz<sup>45</sup>.
- e) No ha lugar a afirmar que los interesados han incurrido en un “Forum Shopping fraudulento” al haber situado la cuestión de determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con ánimo de eludir la ley imperativa española.

A continuación el Ministerio Fiscal impugna esta resolución, y el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia por medio de sentencia de 15 de septiembre de 2010, proc. 188/2010, estima su demanda dejando sin efecto la inscripción realizada y revocando la decisión de la DGRN aplicando el principio de jerarquía normativa.

Apunta la sentencia que la DGRN obvia una norma de superior rango normativo como es el art. 23 de la Ley del Registro Civil. Este precepto dice que las inscripciones pueden practicarse por medio de la certificación de asientos extendidos en registros no españoles solo si no hay duda de la realidad y legalidad del hecho conforme a la ley española.

Esta redacción impone, según el Ministerio Fiscal y el Juzgado, el examen, por el encargado del registro, del ajuste de la inscripción que se pretende a la legalidad conformada por la ley 14/2006, que prohíbe la gestación por sustitución.

Si bien con solo este argumento sería más que suficiente para refutar el fallo, el juzgado, acto seguido, rebate uno a uno los distintos argumentos que dio en apoyo de su tesis la DGRN. Rechaza la equiparación entre adopción y maternidad subrogada aduciendo que los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales, y la discriminación por razón de sexo justificando que la no inscripción no tiene nada que ver con el sexo de los progenitores, sino de que proviene de un contrato de gestación subrogada. Por lo que respecta al interés superior del menor y el derecho a una identidad única; la sentencia deja claro que nuestro ordenamiento jurídico ofrece instrumentos suficientes para preservar dichos intereses. Según la sentencia sí existe obstáculo jurídico para proceder a la inscripción, el cual sería el art. 10º de la ley 14/2006 en relación con el art. 23 de la LRC.

---

<sup>45</sup> art. 7.3 Ley 14/2006.

La DGRN reacciona con rapidez y dicta una instrucción el 5 de octubre de 2010 que trata sobre el régimen registral de los nacidos mediante maternidad subrogada y facilita una continuidad en la práctica de inscripción de la filiación del menor a favor de los padres comitentes o intencionales. Eso sí, esta instrucción no soluciona el caso de los afectados por la sentencia del juzgado de Valencia, los cuales por medio de sus recursos, dan lugar al pronunciamiento de la Audiencia provincial de Valencia por sentencia del 23 de noviembre de 2011 y a la sentencia del Tribunal Supremo de 2014, convirtiendo ésta última sentencia en inviable la instrucción de la DGRN de 2010. La instrucción trata sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Señala como finalidad la protección jurídica del interés superior del menor y de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción. Esta finalidad se consigue condicionando la inscripción de nacimiento del menor a la presentación de una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación de dicho nacido. Es en este punto donde el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. Dicho control incidental tiene por fin constatar: la regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera, que el Tribunal de origen haya basado su competencia judicial internacional en criterios que equivalgan a los contemplados en la legislación española, que se hubiesen respetado los derechos procesales de las partes, la no vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante y, por último, que se trate de una resolución judicial firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables.

Puede deducirse con facilidad que las inscripciones que pudieren practicarse al amparo de esta Instrucción del año 2010, no superarían la impugnación judicial a la vista de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, pues la exigencia de que exista una resolución judicial de un país extranjero y el control incidental de la misma, no significa que sea inaplicable el art. 10 LTRHA ni del art. 23 de la Ley del Registro Civil. En cualquier caso la práctica de inscribir la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución se vio apoyada por el hecho de que el Ministerio Fiscal no impugnase las inscripciones que se ampararon en la Instrucción y también por la falta de firmeza de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, que fue objeto de recurso de apelación por los afectados<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Moreno Pueyo, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 116 (2015), p. 26, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=18567>.

La Audiencia Provincial de Valencia se pronuncia el 23 de noviembre de 2011 mediante sentencia (rec. 949/2011) sobre el recurso contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, confirmando ésta. La Sala reitera los argumentos del Juzgado, complementando los mismos y además considera que el art. 10 de la ley 14/2006 integra el orden público internacional español. Señala que la prohibición legal en España de la gestación por sustitución viene justificada por la incompatibilidad de la misma con los arts. 10.1, 15 y 39.2 CE, los cuales defienden que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, la dignidad de la persona y su integridad y la protección integral de hijos y madres, respectivamente. Es por esto que infringiendo la certificación registral californiana el orden público internacional español, no ha lugar amparar la inscripción de la filiación en el Registro español.

La sentencia hace hincapié en que si bien toda resolución que afecte a un menor debe tener como guía la protección del interés superior de éste, ello no se puede materializar mediante la violación de las leyes y más aún si además, como es el caso, hay otras formas de inscribir la filiación de menores a favor de sus padres intencionales como ocurre mediante la determinación de la filiación a favor del padre biológico<sup>47</sup>, o por medio del uso del instituto de la adopción.

Los padres intencionales recurren este fallo en casación, lo que da lugar al pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 6/02/2014. Los fundamentos que expone la sala son que el art. 23 de la Ley del Registro Civil exige que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley nacional española. También, que no cabe el acceso al Registro español de un asiento contrario al orden público español, y que éste orden está integrado por derechos y deberes fundamentales reconocidos por el Título I de la Constitución como son el derecho a contraer matrimonio, la protección de la familia y de hijos y de las madres, etc. Continúa la Sala arguyendo que si bien nuestra regulación permite vínculos de determinación de la filiación al margen del hecho biológico, como es el caso de la adopción, en ningún caso se permite la vulneración de la dignidad de la mujer gestante y del niño, dando lugar con ello a la mercantilización de la gestación y cosificación del ser humano. Otro fundamento apunta que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida integra el orden público internacional español. A ello habría que sumar el interés superior del niño, el cual es un concepto jurídico

---

<sup>47</sup> Art. 10.3 de la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

indeterminado, y como tal, tiene un carácter controvertido. Continúa el Tribunal afirmando que invocar de forma indiscriminada el interés superior del menor con objeto de vulnerar otros bienes jurídicos no está permitido. Para concretar este interés han de tomarse en consideración los valores que ha asumido la sociedad y que se encuentran en las reglas legales y en los principios de los que beben la legislación nacional y los convenios internacionales. El último fundamento alude a que el principio de la consideración primordial del interés del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Tal principio convive con otros bienes jurídicos, por lo que se hace imprescindible ponderar en cada caso concreto los derechos en discusión.

En definitiva, reitera el Tribunal Supremo que el hecho inscrito debe ajustarse a la legalidad española y confirma lo que ya había apuntado la Audiencia Provincial de Valencia, rechazando con fuerza que la invocación del interés del menor pueda justificar la vulneración del resto de bienes jurídicos o la inaplicación de normas legales. Esta sentencia priva de cualquier “virtualidad” a la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (...) En efecto, el Tribunal Supremo ha afirmado con rotundidad que el art. 10 de la ley 14/2006 integra el orden público español, por lo que no es fácil imaginar cómo puede articularse, en tanto dicho precepto forme parte de nuestro ordenamiento jurídico, una práctica registral favorable a las inscripciones de las filiaciones derivadas de maternidad subrogada. De hecho, los registros consulares, al conocer la sentencia, procedieron a suspender las inscripciones, y ante las reclamaciones de los afectados requiriendo un pronunciamiento expreso, la DGRN ha sugerido a los Registros Consulares la emisión de resoluciones denegatorias al objeto de abrir la vía de recurso.

La sentencia es un duro varapalo a quienes recurren a la maternidad subrogada. Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias, que a continuación paso a relatar, dejan abierto un camino a los defensores de este método reproductivo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicta dos sentencias el 26 de junio de 2014 en los asuntos 65192/11 (Mennesson contra Francia) y 65941/11 (Labassee contra Francia). Ambas sentencias contienen supuestos de hecho idénticos y son coincidentes de forma sustancial en su fundamentación jurídica, por lo que procedo a analizarlas de forma conjunta.

Un matrimonio francés opta por la gestación por sustitución en EEUU implantándose a la madre gestante un embrión de una donante y unos gametos del padre francés, por tanto padre biológico del futuro niño. Después de casi diez años de litigio, el Tribunal de Casación rechaza la inscripción de la filiación del niño en Francia tanto respecto del padre biológico como de la madre intencional. Al igual que en España, en Francia el contrato de gestación por sustitución es nulo. Además es un delito intermediar entre el padre y/o madre intencional y la madre gestante<sup>48</sup>.

Los padres intencionales invocan ante el TEDH el art. 8 CEDH, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Según este artículo, una autoridad pública solo podrá inmiscuirse en el ejercicio de este derecho cuando sea preciso para salvaguardar la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la seguridad pública, defensa del orden o prevención de infracciones penales, proteger la salud o los derechos y libertades de otra persona.

Pues bien, en estos casos el Tribunal entenderá que el no reconocer el lazo familiar que une a los padres y el niño, supone una injerencia en el derecho a la vida familiar. El Tribunal considera que cada cual puede decidir los detalles de su identidad, lo que incluye la filiación. Respecto a esto el menor se encuentra en un limbo jurídico ya que Francia, si bien reconoce que en el extranjero se atribuye la paternidad a los padres intencionales, le niega esa cualidad en su ordenamiento jurídico.

La nacionalidad es uno de los elementos que definen la identidad de las personas. En este caso es palpable la incertidumbre a la hora de reconocer la nacionalidad francesa, lo cual tiene una repercusión negativa en la definición de la identidad de la persona. El no ser reconocido como hijo en el derecho francés significa que el derecho a suceder a sus padres intencionales, y también al biológico, queda afectado según el Tribunal. Además el Derecho francés llega al punto de no solo no reconocer la filiación, sino que tampoco deja la puerta abierta a reconocer la paternidad o la adopción, lo cual perjudica el interés superior del menor. Finalmente, el Tribunal concluye diciendo que el Estado francés se ha extralimitado en su margen de apreciación.

Ahora es momento de preguntarse sobre el alcance de estas sentencias en lo que respecta a la regulación, práctica administrativa y doctrina jurisprudencial españolas en lo

---

<sup>48</sup> Moreno Pueyo, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 116 (2015), p. 29, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=18567>.

concerniente a determinación de la filiación en casos de vientre de alquiler. Compartimos, en este punto, la opinión vertida por Moreno M.J.: “una práctica administrativa en materia de determinación de la filiación acorde con nuestro derecho positivo y con la doctrina sentada por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 es perfectamente compatible con el art. 8º de la Convención europea de derechos humanos”.

Es palpable la diferencia entre los ordenamientos jurídicos de España y Francia. Francia se opone a inscribir una filiación que haya sido determinada por una sentencia extranjera, mientras que España deja a salvo la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA) y ayuda a la adopción por parte de su cónyuge (art. 176.2 Cc). Por tanto, el derecho a la identidad del niño está protegido por la legislación y práctica administrativa españolas.

¿Ocurre igual en los casos en los que el padre intencional no es el padre biológico? Si. Es cierto que, fuera de aquel supuesto, de acuerdo con la doctrina de la Sala de lo Civil, no cabría reconocer efectos a la filiación fijada en el Registro extranjero. El fundamento jurídico 5.12 de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre del 2014 analiza si la negativa a inscribir la filiación en el registro civil español vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art.8º CEDH y señala: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que cuando exista una relación de familia con un niño, el Estado debe permitir que ese vínculo se desarrolle y además otorgará protección para que el niño se integre en su familia<sup>49</sup>. Tanto la adopción como el acogimiento familiar posibilitan la integración en el núcleo familiar de los menores.

Con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el niño será inscrito nada más nacer y tendrá derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad. La denegación de reconocimiento de la certificación registral de California solo puede afectar a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido”<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> (sentencias de 28 de junio de 2007 (JUR 2007, 147388), caso *Wagner y otro contra Luxemburgo*, y de 4 de octubre de 2012 (TEDH 2012, 89, caso *Harrudj contra Francia*).

<sup>50</sup> Moreno Pueyo, M. J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 116 (2015), p. 31, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=18567>.

Tanto la identidad del niño como su integración familiar pueden salvaguardarse en España por medio de la adopción, que permite su formalización jurídica con iguales efectos y alcance que la filiación por naturaleza.

Además, el proceso de adopción permite verificar la idoneidad de los padres intencionales para asumir la patria potestad del menor, de forma que, si carecen de ella, el menor se podrá integrar en una unidad familiar distinta. El Tribunal de Estrasburgo desestimó las demandas de los padres intencionales, ya que el art. 8 de la Convención no era violentado por una norma y práctica nacionales que negaban a los padres intencionales la inscripción registral de la filiación a su favor. Lo que aquí se estima es la demanda del menor, así como su derecho al respeto a la vida privada y a su identidad. Ambos quedan garantizados por medio de la adopción, tanto de su concesión a favor del padre intencional como de un tercero.

Estas impresiones se ven finalmente confirmadas por el auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia del Tribunal Supremo objeto de cita y comentario, de 6 de febrero de 2014. Este incidente había sido instado al amparo de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo por los padres intencionales que fueron parte en el procedimiento que culminó con dicha sentencia. Contra la última sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, los demandados interponen un incidente de nulidad de actuaciones<sup>51</sup> en el que alegan la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) por infringir las normas de carga de la prueba, ya que parten de afirmar unos hechos cuya existencia no ha sido probada. Además se ha pasado de debatir una cuestión registral a la ilegalidad de la gestación por sustitución. El Tribunal Supremo considera que la parte demandante no puede alegar violación del derecho a la tutela judicial efectiva ya que ellos mismos son responsables de no haber acreditado la información aun estando en su poder. En lo que concierne a la desviación del debate ya referida anteriormente, la Sala estima que no se da esa incongruencia solo por el hecho de que no se haya tratado el tema de la forma que la parte pretende.

---

<sup>51</sup> El incidente de nulidad de actuaciones, es una forma de que quien sea parte legítima pueda pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones con fundamento en la vulneración de un derecho fundamental a los que se refiere el art. 53.2 CE, siempre y cuando no se haya podido denunciar previamente a recaer resolución que ponga fin al proceso y solo si la resolución no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario (art.228.1 LEC).

También presumen es lesionado el derecho a la igualdad sin discriminación por razón de nacimiento (en cuanto a los menores) y por la orientación sexual (por lo que respecta a los padres). El Tribunal Supremo responde que los poderes públicos no están obligados a reconocer una filiación si esta va en contra del ordenamiento jurídico de España. Continúa diciendo que no se ha cuestionado la orientación sexual de los demandantes, sino la técnica de reproducción que han elegido.

Además, alegan la vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto que tienen un derecho a la procreación asistida de forma médica. El Tribunal Supremo explica que, al igual que ocurre con el resto de derechos fundamentales, el derecho a la intimidad familiar tampoco es ilimitado, y por tanto no integra el reconocimiento de aquella filiación llevada a cabo por medios que violan nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo falla reiterando su doctrina sobre la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Según el alto tribunal no ha lugar a declarar la nulidad de la sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 2014, que protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores.

En conclusión, en un proceso de gestación subrogada, la madre legal del menor de edad es aquella mujer que da a luz a dicho menor. Por otro lado, en aquellos países en los que esta práctica está legalizada, la madre legal es la intencional. Para poder hacer efectiva la maternidad de la madre intencional en nuestro país, será necesario que medie una sentencia judicial del país donde se haya llevado a cabo la maternidad subrogada. En caso de que esto no sea posible bien porque no se proceda de este modo en el país en el que se lleva a cabo el proceso o por cualquier otra razón, la filiación en España será otorgada en base a la aportación genética del padre y a continuación la madre deberá adoptar al menor para ser considerada su madre legal<sup>52</sup>.

Es en este punto donde se hace importante subrayar, a la vista de lo expuesto, la postura que adopta el Consejo de Europa en relación a la maternidad subrogada.

---

<sup>52</sup> Rodrigo, A. (2017) "Filiación y Registro Civil en casos de maternidad subrogada". *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/registro-civil-en-casos-de-maternidad-subrogada/#determinacion-de-la-filiacion>.

Pues bien, el seno de la Asamblea del Consejo de Europa<sup>53</sup> reunido en París el 15 de marzo de 2016 tomó una importante decisión con respecto a la gestación por sustitución. La Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible rechazó un informe que llevaba por nombre: *Los derechos humanos y las cuestiones éticas relacionadas con la maternidad subrogada*. Este informe, cuyo objetivo era promover la legalización de la gestación por sustitución en su modalidad altruista, fue rechazado por dieciséis votos contra quince. Esta decisión fue apoyada por la FAFCE (Federación de Asociaciones Familiares Católicas de Europa), la cual participa en el Consejo de Europa. En palabras del presidente de la FAFCE: “se trata de una forma contemporánea de explotación que comparte semejanzas con la esclavitud”<sup>54</sup>.

#### 4. DEBATE ACTUAL EN ESPAÑA

¿Cuál es la opinión en nuestro país en esta materia? ¿Podemos esperar una futura regulación de la maternidad subrogada? Ello dependerá, como no, de la opinión que partidos políticos y ciudadanos tengan sobre esta materia.

Conviene hacer referencia en este punto a diversos agentes sociales de importancia y a su postura frente al tema que nos ocupa:

Así, por ejemplo, la Organización Médica Colegial (OMC) anunció que por el momento no tiene una postura definida sobre la gestación por sustitución. Así lo han decidido en su asamblea extraordinaria celebrada en Madrid el 4 de marzo de 2017, y ello en base a que es una cuestión que afecta a muchas partes y frente a la que debe haber una reflexión todavía más profunda<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> El Consejo de Europa es una organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, en particular los civiles y políticos. Tiene su sede en Estrasburgo y su órgano más activo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PolíticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/Inicio.aspx>.

<sup>54</sup> Hildingsson, M. (2016) “Press release in Spanish”. Disponible en [http://www.fafce.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=314:comunicado-de-prensa-consejo-deeuropa-rechazo-de-resolucion-sobre-la-maternidad-subrogada-un-paso-adelante-en-la-defensa-de-la-dignidadhumana&catid=53&Itemid=234&lang=en](http://www.fafce.org/index.php?option=com_content&view=article&id=314:comunicado-de-prensa-consejo-deeuropa-rechazo-de-resolucion-sobre-la-maternidad-subrogada-un-paso-adelante-en-la-defensa-de-la-dignidadhumana&catid=53&Itemid=234&lang=en).

<sup>55</sup> Díez, L. (2017) “La OMC da marcha atrás y decide no opinar sobre gestación subrogada”. *Redacción Médica*, disponible en <https://www.redaccionmedica.com/secciones/medicina/la-omc-da-marcha-atras-y-decide-no-opinar-sobre-gestacion-subrogada-8581>.

En los partidos políticos españoles la cuestión de la maternidad subrogada es, todavía hoy, un tema candente. El partido de Albert Rivera, Ciudadanos, ha manifestado que quiere impulsar una ley que garantice los derechos de todas las personas intervinientes, y de forma muy especial de los menores<sup>56</sup>. El modelo por el que optaría la formación naranja sería el altruista, como el modelo canadiense<sup>57</sup>. Por otro lado, el PSOE, PP y Podemos afrontan un debate interno complejo y de largo recorrido por las posiciones enfrentadas dentro de las tres formaciones políticas, ya que es un tema, como podemos observar, muy complejo y que genera gran división entre personas con semejante ideologías<sup>58</sup>. Los socialistas están en contra de que la gestación por sustitución implique una transacción económica y tienen menos reticencias si se trata de un modelo altruista.

La división política existente entre los partidos políticos en esta materia es palpable. Este dato se acredita si presentamos la encuesta hecha a los ciudadanos en la que se solicita su opinión sobre la maternidad subrogada y el partido político de su preferencia. El Partido Popular es el partido que está más en contra de que se practique la maternidad subrogada en España (51.6 %). El partido que está más a favor de esta práctica sería el PSOE con un 83.2 % seguido de cerca por Unidos-Podemos (73.4 %) y Ciudadanos (68.8 %). El dato más relevante es que solamente un 16.8 % de los españoles encuestados cierra totalmente la puerta a la posibilidad de que se legalice en España la maternidad subrogada. El resto, o lo apoyarían en cualquier caso (48 %) o sólo si no hay transacción económica (19.2 %) o dependiendo de la situación concreta de que se trate en cada caso (16 %).

Es llamativo el informe elaborado recientemente por el Comité de Bioética de España (CBE)<sup>59</sup>, órgano encargado de asesorar al gobierno sobre las implicaciones éticas y sociales de la biomedicina, en el cual expone la necesidad de prohibir cualquier tipo de agencia, no solo que se dedique expresamente a la actividad de la maternidad subrogada en suelo

---

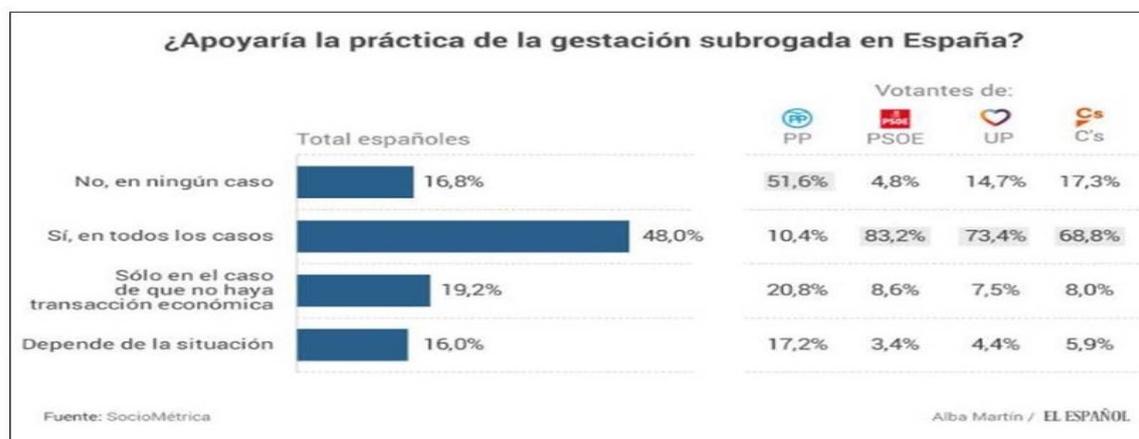
<sup>56</sup> Mateo, J.J. (2017) “El debate de la gestación subrogada tensa a los partidos”, *El País* de 7 de febrero de 2017, disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486494693\\_076151.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486494693_076151.html).

<sup>57</sup> Esteban, P. (2017) “La maternidad subrogada une a feministas, Iglesia Católica y al “ala dura” del PP”. *El Confidencial* de 7 de febrero de 2017, disponible en [http://www.elconfidencial.com/espana/2017-02-07/vientres-alquiler-gestacion-subrogada-une-feministas-iglesia-catolica-conservadores-pp-congreso-nacional\\_1327644/](http://www.elconfidencial.com/espana/2017-02-07/vientres-alquiler-gestacion-subrogada-une-feministas-iglesia-catolica-conservadores-pp-congreso-nacional_1327644/).

<sup>58</sup> Landaluce, E. (2017) “El debate de la maternidad subrogada divide a PP y PSOE”. *El Mundo* de 29 de enero de 2017, disponible en <http://www.elmundo.es/espana/2017/01/29/588cfff6d268e3e50768b4603.html>.

<sup>59</sup> Boiza, F. (2017) “El Comité de Bioética rechaza la maternidad subrogada porque lo que se hace es comprar a un menor”. *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/19/591ed27122601d986d8b460e.html>.

español, sino que intermedie para facilitar la realización de tales prácticas en países en los que sí es legal. Además aboga por impulsar un marco común regulatorio a nivel internacional que prohíba los contratos de gestación por sustitución.



Fuente: ([http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632\\_0.html](http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html))

Por otro lado el colectivo LGTBI profesa un amplio apoyo en este colectivo ya que son incapaces de tener hijos por ellos mismos al ser bien dos hombres o bien dos mujeres los que forman la pareja<sup>60</sup>. Este colectivo, desde su creación, ha trabajado por la conquista del reconocimiento de sus derechos junto con el colectivo feminista. Sin embargo, respecto a este tema, tienen puntos de vista diametralmente opuestos<sup>61</sup>.

Por lo que respecta a los colectivos feministas y la Iglesia, como ya anuncia el periódico digital El Confidencial; la maternidad subrogada es una de las poquísimas cosas en las que coinciden los conservadores del PP, la Iglesia Católica y los sectores feministas<sup>62</sup>, todos ellos en contra de tal práctica. Algunos colectivos feministas incluso tienen un manifiesto con diez razones por las que están en contra de esta práctica<sup>63</sup>. Por otro lado, es llamativo como el colectivo feminista defiende el derecho a abortar, y por otro lado, niega el derecho

<sup>60</sup> Sáinz, J. (2017) “Una clara mayoría a favor de que se autorice la gestación subrogada”. *El Español* de 26 de febrero de 2017, disponible en [http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632\\_0.html](http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html).

<sup>61</sup> Pérez, M. (2017) “La gestación subrogada frente a feministas y grupos LGTB”. *El Mundo* de 19 de febrero de 2017, disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487334746\\_534707.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487334746_534707.html).

<sup>62</sup> Esteban, P. (2017) “La maternidad subrogada une a feministas, Iglesia Católica y al “ala dura” del PP”, *El Confidencial* de 7 de febrero de 2017, disponible en [http://www.elconfidencial.com/espana/2017-02-07/vientres-alquiler-gestacion-subrogada-une-feministas-iglesia-catolica-conservadores-pp-congreso-nacional\\_1327644/](http://www.elconfidencial.com/espana/2017-02-07/vientres-alquiler-gestacion-subrogada-une-feministas-iglesia-catolica-conservadores-pp-congreso-nacional_1327644/).

<sup>63</sup> Estas 10 razones pueden ser consultadas en el sitio web <http://nosomosvasijas.eu/>.

a la libre reproducción de la mujer. En cuanto al episcopado español, (según el periódico digital *El mundo*<sup>64</sup>), resume su postura a través de su portavoz Gil Tamayo, cuando al ser interrogado sobre la postura de la Iglesia en España con respecto a esta práctica, declaró: “Es una explotación de la mujer y del niño que va a nacer”.

## 5. ELEMENTOS PARA EL DEBATE Y TOMA DE POSICIÓN

Para poder formarse una opinión propia sobre la pertinencia de regular, o no, la maternidad subrogada, y en su caso, cómo hacerlo, resulta necesario analizar algunas cuestiones transversales sobre la materia. Es evidente que en el juicio que cada uno se haga sobre esta problemática inciden algunos factores personales (por ejemplo, de índole religioso), que aquí no pueden ser contemplados.

Nos limitaremos, por tanto, a presentar dichas cuestiones transversales y, a su vista, realizar una conclusión personal sobre la eventual regulación de la maternidad subrogada.

Un primer bloque de este apartado lo dedicaremos a examinar las causas del fenómeno, a continuación examinaremos las formas de afrontar este reto, y por último nos detendremos en las técnicas de reproducción asistida.

Un segundo bloque se dedicará al análisis del papel de la mujer gestante y de los padres intencionales.

### 5.1. Causas del fenómeno, clases de maternidad subrogada y técnicas de reproducción asistida

El principal problema que lleva a muchas personas a plantearse este método de reproducción humano es el de la infertilidad de la pareja. Otros problemas son el de la avanzada edad, una causa genética que impida el embarazo o la ausencia uterina. En el caso de la edad puede bien directamente hacer totalmente inviable el embarazo por haber pasado la menopausia, o bien suponer un riesgo desmesurado para la vida bien de la gestante, del bebé, o de ambos.

Otra razón de peso se da en aquellos casos en que la madre biológica no quiere quedar embarazada para no transmitir a su hijo una enfermedad genética.

También se busca este método en aquellos casos en que una pareja homosexual de hombres o un solo hombre quieren ser padres o padre, respectivamente. No debemos

---

<sup>64</sup> Vidal, J.M. (2017) “Los obispos condenan la maternidad subrogada: “un hijo no es un derecho ni un deseo, sino un don”, *El Mundo* de 23 de febrero de 2017, disponible en <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/02/23/58aed4f3ca47418c4e8b464b.html>.

olvidar que tras la modificación operada en el CC (Código Civil) por la ley 13/2005 de 1 de julio, el precepto 44.2º del CC queda así; “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Otra causa es la complejidad de la adopción, la cual en España requiere un mínimo de nueve años de espera<sup>65</sup>. Dentro de la adopción, el colectivo LGTBI tampoco lo tiene fácil, ya que se le restringe más su derecho, como ocurre con el convenio de adopciones que España mantiene con Rusia, por el que Rusia no permite que niños y niñas rusos sean adoptados por personas pertenecientes al colectivo LGTBI<sup>66</sup>. Para entender las distintas clases de maternidad subrogada hay que atender a todas posibilidades que se dan al combinar el material genético que se aporta al proceso. Hecho esto, vislumbramos las siguientes clases: cuando la mujer interesada en esta práctica aporta su óvulo que ha sido previamente fecundado por alguien ajeno a su pareja, y a continuación éste es introducido en la pared uterina de la otra mujer que acepta engendrarlo libre y voluntariamente para posteriormente, al término del embarazo, entregar el hijo nacido a los padres subrogantes. Otro caso que se puede dar es aquel en el cual la madre que gesta el niño es también la madre biológica del mismo. Esto se da cuando solamente se aporta el esperma, bien de un miembro de la pareja que contrata o de un tercero.

La última forma posible es que la madre gestante ceda su útero en los casos en que el material genético aportado sea de personas ajenas al individuo o pareja.

También se hace preciso comprender, siquiera someramente, las técnicas de reproducción asistida, las cuales se pueden clasificar de muy diversas formas, una de las cuales es la siguiente<sup>67</sup>: la inseminación artificial es un procedimiento por el que se depositan espermatozoides en el interior de la mujer, mediante cánula, jeringa, etc. En segundo lugar nos encontramos con la fecundación in vitro, técnica en la que la fusión de los gametos masculino y femenino se realiza in vitro, para después ser implantados en la mujer. Por último encontramos la transferencia intratubárica de gametos, la cual está a medio camino entre las dos anteriores. Se transfieren los gametos previamente recolectados con el objeto

---

<sup>65</sup> “Adopción nacional (España)”. *Adopción.org*, disponible en [http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&id=60&Itemid=91](http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=60&Itemid=91).

<sup>66</sup> Moraga, C. (2014) “El convenio de adopciones con Rusia que excluye a los gais sale adelante con votos del PP, CiU y PSOE”. *El Diario* de 11 de septiembre de 2014, disponible en [http://www.eldiario.es/sociedad/Congreso-adopciones-Rusia-colectivos-LGTB\\_0\\_302020186.html](http://www.eldiario.es/sociedad/Congreso-adopciones-Rusia-colectivos-LGTB_0_302020186.html).

<sup>67</sup> Bernal, J.S. (2013) “Reproducción asistida y filiación. Tres casos”. *Opinión Jurídica*, disponible en <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/588/845>.

de ser transferidos a las trompas de Falopio, a fin de que se produzca la fecundación de un modo natural. En casos de infertilidad se puede acudir a un “centro de fertilidad” con objeto de solicitar el uso de gametos o preembriones previamente congelados y que habían sido donados A tal fin.

Con la fecundación *in vitro* y la transferencia intratubárica de gametos, se puede dar el caso de que ambos gametos (masculino y femenino) sean de donantes. En la inseminación artificial existirá la identidad biológica, por lo menos, de la madre. Con las técnicas de reproducción asistida se puede producir una desconexión entre sexualidad y procreación, o lo que es lo mismo entre procrear y la paternidad o maternidad biológica, lo que pone en tela de juicio los conceptos de maternidad y paternidad desde el punto de vista biológico y jurídico<sup>68</sup>.

Una vez analizados estos aspectos, conviene analizar la situación en la que se encuentra la madre gestante y los derechos de que debe gozar.

## 5.2. La madre gestante

### 5.2.1. *Su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad*

La madre gestante goza, como cualquier otra persona en España, del derecho a la no discriminación, reconocido por la Constitución Española en su artículo 14, el cual ayuda a que las diferencias por razones políticas, de edad, sexo, religión, etc., no supongan un trato desfavorable para ningún individuo. La dignidad humana, como criterio de interpretación constitucional que es, sirve para fijar si en el desarrollo legislativo o en su aplicación, queda excluida alguna persona o conjunto de éstas. Es fácilmente deducible que la Constitución Española protege las diferencias como una seña de identidad del individuo, que lo singulariza respecto a todos los demás. Por tanto, para proteger la dignidad de las personas se hace necesario que sean protegidas las diferencias y convicciones que integran la personalidad de las mismas. La dignidad, desde luego, ha de ser usada de una forma precisa y no retórica, lo cual desvirtuaría su esencia<sup>69</sup>. Los poderes públicos no deben imponer la

---

<sup>68</sup> Sanz, J. E. (2002). *Fecundación asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Ed. Ibáñez, Medellín, Pp. 18-20.

<sup>69</sup> Presno, M. y Jiménez, P.: “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”. *Revista Española de Derecho Europeo* (2014), p. 8, disponible en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-revista-espanola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>.

protección de una hipotética dignidad colectiva o moral social que vaya en detrimento y anule la identidad de los ciudadanos a favor de esa misma dignidad, porque con ello estaría favoreciendo la discriminación y anularía la identidad de unos pocos en favor de la identidad colectiva.

Así, defendiendo esta dignidad colectiva lo único que se consigue es identificar a la mujer únicamente con su capacidad reproductora, como si solo esta capacidad constituyera toda su esencia, lo cual la hace valiosa<sup>70</sup>. Si bien la mujer es la madre gestante, ya que así viene determinado por su anatomía; no hay razón para que tenga que quedar vinculada a ser madre durante la gestación, el posterior parto y en último lugar, la crianza del bebé o bebés. Esto es así porque no solo la mujer posee las condiciones psicofísicas para la crianza del niño, también las puede poseer otra mujer o un hombre. Es fácilmente entendible como el no reconocer la autonomía reproductiva de la mujer y su inherente capacidad de toma de decisiones en lo que concierne a sus proyectos de vida la coloca en una posición desigual e injusta respecto a otras personas que integran la sociedad<sup>71</sup>.

El Tribunal Supremo defiende la dignidad colectiva cuando habla de “valores asumidos por nuestra sociedad como propios”<sup>72</sup>, si bien esto no es absoluto, ya que la ley permite la reclamación de la paternidad por parte del progenitor genético comitente. Ello se traduce en que si el padre o madre comitente, o ambos, han aportado material genético (gametos y/u óvulo), habría un vínculo con los comitentes y podrían inscribirlo en el Registro Civil. Esta postura es confirmada por el Tribunal Supremo en el momento en que insta al Ministerio Fiscal a que desarrolle aquellas acciones que procedan para determinar la filiación. De esto podemos extraer las siguientes conclusiones:

La primera es la importancia del vínculo genético a la hora de configurar la familia y si cabe preguntarse si no son más importantes los lazos emotivos y afectivos para la unidad de la familia y su armonía que este vínculo genético.

---

<sup>70</sup> Andorno, R. *Bioética y dignidad de la persona*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 142 – 143.

<sup>71</sup> Presno, M. y Jiménez, P.: “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”. *Revista Española de Derecho Europeo* (2014), p. 7. Disponible en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-revista-espanola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>.

<sup>72</sup> Tribunal Supremo. Sentencia 835/2013, 06/02/2014, FF 5 y 6. Disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>.

Y la segunda conclusión es que se reconoce de forma indirecta la validez del contrato de gestación por sustitución, o más concretamente, sus efectos. Si como hemos dicho anteriormente, se rechaza la gestación por sustitución porque atenta contra la dignidad de la mujer, ¿no debe rechazarse también cualquier enlace con esta práctica?

En estrecha relación con lo anterior, encontramos el libre desarrollo personal de los ciudadanos para poder actuar con arreglo a sus propias convicciones y poder mantenerlas frente a cualquier tercero<sup>73</sup>. Las personas podrán actuar conforme a lo que les dicten sus propias convicciones con tal de no lesionar derechos de otras personas<sup>74</sup>.

Siguiendo a Presno Linera, la lesión a la dignidad de la mujer ocurre por no considerar la libertad reproductiva y la planificación de un proyecto de vida como derechos inherentes a la dignidad de la mujer y a su libre desarrollo personal. En suma, dichos proyectos de vida tienen que poder ser articulados según las convicciones personales de la mujer, de ahí que sea ésta quien decida someterse o no a la gestación por sustitución.

### **5.2.2. La cosificación y mercantilización de su cuerpo**

Como estableció el filósofo Kant en su ética de imperativos categóricos<sup>75</sup>; ninguna persona puede ser empleada como medio para un fin, ya que la dignidad se antepone a la cosificación de la persona, la cual supone la manipulación de la individualidad humana<sup>76</sup>. Esta es la postura que adoptan aquellos que opinan que la madre portadora está siendo usada como una cosa, un objeto semejante a una incubadora, teniendo importancia únicamente el niño que va a nacer. Dicho esto, debe matizarse que los padres comitentes, en la mayoría de casos, no rechazan a la gestante<sup>77</sup> ya que ambas partes tienen intereses que convergen. Ambas partes desean el bienestar más alto para el menor que va a nacer y no desean que haya confusión de rol por lo que respecta a la madre gestante. Es más, se crean

---

<sup>73</sup> STC 19/1985 de 13 Febrero 1985, F.2; 120/1990, de 27 Junio 1990, F.10 y 137/1990, de 19 Julio 1990, F.8”.

<sup>74</sup> Presno, M. y Jiménez, P.: “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”. *Revista Española de Derecho Europeo* (2014), p. 14.

<sup>75</sup> Su ética de imperativos categóricos aparece nombrada en su obra: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785).

<sup>76</sup> Junquera, R.: *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía Jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 22.

<sup>77</sup> La relación entre madre gestante y padre o padres comitentes puede no ser ideal, y es por ello que se hace necesario fomentar un diálogo entre ambas partes con la intervención de profesionales.

vínculos afectivos entre los comitentes y la madre gestante, y son los primeros los que asumen las funciones relacionadas con la paternidad, como son leer guías de embarazo, de parto, etc. También prestan una atención continua a la salud psíquica y física de la madre gestante, además de ayudarla en los transportes a la clínica médica, actividades prenatales, etc. Es muy interesante el hecho de que cuando una o las dos comitentes son mujeres, se involucran tanto en el proceso de gestación que pueden llegar a desarrollar signos físicos de embarazo como son: hinchazón de barriga, dolores de empatía e incluso subida de leche materna, entre otros<sup>78</sup>.

Si se legalizara la gestación por sustitución, se reducirían o controlarían los potenciales peligros que esta forma reproductiva acarrea, como es la cosificación de la persona, ya que correspondería a los poderes públicos garantizar el bienestar de la madre gestante. Debería ponerse a disposición de la gestante un asesor, consejero o abogado y que los honorarios del mismo sean cubiertos por los comitentes.

Por otro lado, no se puede sostener que se está cosificando a la mujer, porque ella como ser racional que es, posee una voluntad autolegisladora frente a cualquier otra voluntad, salvo en el caso de que dañase a terceras personas. Según este punto de vista será la mujer la que decidirá si está siendo usada y solo así conseguirá preservar su dignidad.

En cuanto a la mercantilización de las capacidades reproductivas de la mujer, se esgrime por los detractores de la gestación por sustitución que ésta infringe las normas civiles que prohíben que el cuerpo sea objeto de comercio<sup>79</sup>. Otras voces se alzan contra este argumento, esgrimiendo que las normas civiles no prohíben que se comercie con “capacidades del cuerpo humano”, como es la capacidad gestacional<sup>80</sup>. En segundo lugar, a pesar del fuerte impacto para la salud que supone ser despojado de un órgano, se permite por la ley que las personas presten su consentimiento para dicho procedimiento<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Teman, E. (2010) “My Bun, Her Oven, en Discovery Now”. *ResearchGate*, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/256012526\\_2010\\_My\\_Bun\\_Her\\_Oven\\_or\\_Surrogacy\\_as\\_a\\_Cultural\\_Anomaly\\_Anthropology\\_Nov\\_22\\_33-41](https://www.researchgate.net/publication/256012526_2010_My_Bun_Her_Oven_or_Surrogacy_as_a_Cultural_Anomaly_Anthropology_Nov_22_33-41).

<sup>79</sup> Lamm, E.: “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho”. *Revista para el Análisis del Derecho* (2012), p. 5, disponible en [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf).

<sup>80</sup> Igareda, N.: “La Gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 430 (2014), p. 184, disponible en [http://www.catedraderechoygenomahumano.es/revista\\_sumario.asp?numero=41](http://www.catedraderechoygenomahumano.es/revista_sumario.asp?numero=41).

<sup>81</sup> Art. 4.c) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

Se da un gran paralelismo entre la donación de órganos y la gestación por sustitución, ya que en ambos procesos tiene lugar un impacto sobre el cuerpo nada desdeñable. La pregunta que surge es: ¿si una mujer puede prestar su consentimiento para una donación de órganos, puede también hacerlo para un contrato de gestación por sustitución?

Este interrogante puede ser respondido de dos formas. La primera sería afirmando que si bien el embarazo es un proceso más dilatado en el tiempo que la donación de órganos y con una mayor exigencia para la mujer, la gestación por sustitución ha experimentado amplios progresos, con la consiguiente disminución de riesgos en su práctica.

La segunda manera de responder al interrogante es defender que podemos considerar que lo que faculta a una mujer para tomar la decisión de disponer de su propio cuerpo con objeto de llevar a cabo un trasplante de órganos es el hecho de que sea gratuito. Desde esta postura entendemos que la gratuidad suprime los vicios que pudiera haber en el consentimiento de la mujer. Este planteamiento nos conduce a una pregunta fundamental: ¿es aceptable moralmente la gestación por sustitución en su modalidad gratuita?

Pues bien, que esta modalidad de contrato sea gratuita parece otorgar un cierto desahogo a la gestación por sustitución, debido en gran parte a la representación fraudulenta del dinero. Aun y con eso, debemos preguntarnos qué ocurriría si llegase a pagarse una cantidad pecuniaria. Con respecto a esto, es preciso delimitar la naturaleza y la calificación del pago que efectuemos. Puede tratarse de un pago compensatorio, por el que la cantidad que se dé esté determinada en base a los controles y cuidados, tiempo, riesgos, implicaciones afectivas, etc. En este caso no se está desvirtuando la gratuidad de este contrato ni tampoco estaríamos efectuando un pago por el cual se estuviese cosificando y mercantilizando a una persona, ya que únicamente estaríamos cubriendo los distintos costes que acarrea dicha práctica<sup>82</sup>. En el caso de que además de cubrir los costes se pagase por cubrir los servicios y por el niño en sí mismo, nos encontraríamos con una mayor controversia; en este caso tendríamos un contrato oneroso. De lo dicho se deduce fácilmente que el pago de una cantidad pecuniaria no produce *ipso facto* la mercantilización del cuerpo de la mujer. Dicho esto, el defender la existencia de un contrato gratuito con compensación económica no significa que no deba crearse también un proceso legal, por parte del legislador, que estableciese todas las garantías que fuesen posibles para contrarrestar posibles abusos a situaciones de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, podría

---

<sup>82</sup> Martín Camacho, J. (2009) “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”. *Fundación Foro*, disponible en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.

acordarse la supresión de las agencias de la práctica de la gestación por sustitución porque el objetivo de éstas no es otro que el puramente económico, y solo cubierto éste podrían llegar a interesarse por el equilibrio de garantías entre las partes intervinientes en el contrato, velando por los derechos de ambas.

En estrecha relación con la gestación por sustitución con compensación económica por los daños que se pudieran irrogar, gastos asociados al embarazo y padecimiento de la gestante, aparece otra línea de debate paralela a ésta. Se argumenta que si se uniese la práctica a la exigencia de una contraprestación pecuniaria, la gestación por sustitución se convertiría en una opción para personas con alto poder adquisitivo<sup>83</sup>. Esta es la realidad de aquellos países en los que se permite la existencia de agencias. Por otro lado, si se instaurase un proceso legal, tutelado por los poderes públicos, serían estos los que asegurarían el acceso de todos los ciudadanos sin importar su nivel de ingresos y rentas mediante políticas públicas de salud<sup>84</sup>.

En resumen, la cosificación de la mujer no es consecuencia necesaria de la gestación por sustitución. Ni siquiera instaurar un valor pecuniario a modo de compensación por daños, padecimientos o gastos por el transcurso del embarazo produciría este efecto de una forma directa. Sin embargo, la gestación por sustitución, aun en su forma gratuita, seguirá haciendo necesaria para su éxito de una cuidada regulación legal por parte de los poderes públicos competentes.

Conviene ahora examinar la autonomía de la mujer para decidir ceder sus capacidades reproductivas, así como la discusión relativa a si esta autonomía es aplicable a una decisión tan trascendente como es la de engendrar un niño con objeto de entregarlo a otra persona.

### ***5.2.3. Autonomía y madurez para tomar la decisión***

Los críticos con la gestación por sustitución esgrimen como razón para posicionarse en contra de tal práctica que la regulación actual, la cual prohíbe la gestación por sustitución, protege a la mujer de posibles consecuencias que pudieran resultar de su

---

<sup>83</sup> Lamm, E.: “Gestación por sustitución, realidad y derecho”. *Revista para un Análisis del Derecho* (2012), p. 22, disponible en [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf).

<sup>84</sup> Martín Camacho, J (2009) “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”. *Fundación foro*, disponible en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.

decisión, como son: dañar su integridad por entregar a alguien sus capacidades gestacionales o lesionar su dignidad como personas. Todo ello, a juicio de los detractores, puede llegar a la propia negación de sí misma<sup>85</sup>. Por otro lado, hay quienes argumentan que lo que debe predominar es el principio de autonomía, el cual se sustenta, entre otras cosas, en dar prioridad a la apreciación personal del interés propio, siendo considerado como valioso que la persona se pueda desenvolver mediante la autoimposición de una serie de normas por las que se rige<sup>86</sup>. Sin embargo, reconocer esta voluntad autolegisladora implica tener en cuenta decisiones que respondan a una serie de mínimos de madurez personal.

Antes de entrar a valorar lo expuesto, es necesario partir de un nivel superior, el cual lo constituye la igualdad que hay entre el hombre y la mujer, consagrada en los arts. 1, 9.2 y 14 CE. Se deduce por estos preceptos que el legislador entiende que tanto hombre como mujer pueden desenvolverse como entes morales autónomos con capacidad de tomar por sí mismos decisiones. Es por ello que se hace difícilmente comprensible que al hombre no se le prohíba la toma de decisiones en relación a su capacidad reproductora (salvo casos concretos en los que tenga enfermedades de transmisión sexual como el sida o cualquier otra patología que suponga un riesgo para el futuro feto), pero no ocurra lo mismo con la mujer y su capacidad gestacional en la gestación por sustitución.

Hay otras prácticas como la donación de gametos o la donación de órganos, en las que sí pueden tomar parte las mujeres, ya que se hallan en igual situación que los hombres, de forma que el no permitir su participación constituiría una discriminación flagrante. Quitar el permiso a una mujer por el que podía consentir obligarse por un contrato de gestación por sustitución, aun cuando se persiga protegerla, lo único que hace es marcar aún más los estereotipos de la mujer en lo que se refiere a la “inevitabilidad de su destino biológico”<sup>87</sup>. Eliminar la capacidad que tiene la mujer para consentir, dejando a un lado su autonomía, implicaría adoptar una postura paternalista de la misma, que subestima su capacidad para otorgar su consentimiento<sup>88</sup> y por tanto, que rechaza la plena capacidad de obrar de las

---

<sup>85</sup> Andorno, R. “Bioética y dignidad de la persona”. *Ed: Tecnos*, Madrid, 1998, pp. 141 – 144.

<sup>86</sup> Según “Kant”, no podrá haber libertad si la voluntad no es autónoma. Considera que la voluntad ha de ser autolegisladora. Kant, I. *Crítica de la razón práctica*. Teorema IV, V, 33. Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 101 y 102.

<sup>87</sup> Farnos, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Revista para el Análisis del Derecho* núm. Enero, nº40 (2010), p. 6.

<sup>88</sup> Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 238.

mismas. Por otro lado, de reconocer su autonomía para desarrollar una gestación por sustitución deriva reconocer que son dueñas de su cuerpo y que pueden decidir sobre él. Se trata por tanto de ejercitar uno mismo su voluntad, en unión a la razón y sin provocar perjuicio alguno a terceros. La decisión es de carácter personal, de forma que el Derecho, en principio, no debiera establecer “cortapisas” a la autodeterminación entendida como derecho vinculado al derecho a la reproducción. Solamente podría limitarse su autonomía si no concurriesen aquellos factores que dictan si la mujer tiene capacidad para tomar sus propias decisiones. Entre estos factores se encuentran: que la mujer cuente con capacidad de formar intenciones y planificar su materialización. También ha de poseer la capacidad de entender las consecuencias que se derivan de sus actos, así como la capacidad de tomar responsabilidad sobre las consecuencias de estos. Es absolutamente imprescindible que la persona manifieste su voluntad de forma libre y en pleno uso de su razón. Por tanto, no podrá haber control externo, es decir, ni coacción ni intimidación ni cualquier otra traba a su derecho a la libre determinación de su voluntad.

### 5.3. Los padres intencionales

#### 5.3.1. *Derecho a la reproducción y a la salud*

En este apartado analizo cual es la situación a día de hoy de los comitentes en relación a la prohibición de la gestación por sustitución. El tema a analizar es si mantener la ilegalidad de la gestación por sustitución conlleva vulnerar el hipotético derecho a la reproducción. El derecho a la reproducción humana al ser un derecho de reciente formulación, no se encuentra recogido en nuestra legislación<sup>89</sup>. Sin embargo, su falta de regulación nos lleva a estudiar otros principios y derechos constitucionales<sup>90</sup>. Por lo que se refiere a la idea de hablar de un derecho a la reproducción, se precisa entender qué es lo que permite a una amplia parte de la doctrina afirmar su existencia. “En nuestro ordenamiento jurídico existe el derecho a la reproducción, integrado en el derecho fundamental a la libertad (con fundamento en el valor libertad, en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona) y en el derecho a la intimidad personal y familiar por otra, el cual no podrá ser restringido de forma arbitraria. Además, este derecho

---

<sup>89</sup> Igareda, N. (2011) “El hipotético derecho a la reproducción”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, p. 257. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/717/473>.

<sup>90</sup> Gómez, Y.: *El derecho a la reproducción humana*. Ed. Pons, Madrid, 1994, p. 40.

encuentra reconocimiento en el derecho a fundar una familia recogido en los textos internacionales de derecho incorporados a nuestro ordenamiento jurídico”<sup>91</sup>.

Por tanto, el derecho a la libertad, el libre desarrollo personal y familiar, la dignidad humana, el derecho a la intimidad personal y familiar así como el derecho de todos a fundar una familia, son los ingredientes que componen el derecho a la reproducción. Permítaseme hacer hincapié en que la definición anterior no contempla el derecho a la reproducción como un derecho integrado en el derecho al matrimonio. La explicación radica en que no puede entenderse que uno de los fines inexcusables del matrimonio sea el de tener hijos.

Tradicionalmente, el fin principal del matrimonio ha sido la procreación. Ésta justificaba el matrimonio e incluso hasta la sexualidad, no debiéndose mantener relaciones sexuales antes de casarse. Sin lugar a dudas, la Iglesia Católica tiene mucho que ver en esto pues ha gozado de gran influencia en la sociedad española<sup>92</sup>. A esto hay que añadir que se ha venido defendiendo que el matrimonio, si no tenía descendencia, no era familia<sup>93</sup>. En consecuencia, el matrimonio constituía la base de las relaciones sexuales y de la formación de una familia. De esto se puede extraer la idea de que el derecho a la procreación se hallaba inserto en el derecho al matrimonio con la idea de fundar una familia. Esta concepción se aleja de los tiempos modernos. Resulta conveniente, por tanto, que el derecho a la reproducción sea plasmado con total independencia e individualidad. Como alega parte de la doctrina, es cierto que el hecho de que exista un deseo no significa que tenga que existir un derecho a su cumplimiento. De igual modo, afirmar la existencia de este derecho no puede ser considerado algo “caprichoso” ya que ha sido nombrado como una necesidad básica<sup>94</sup> y razonable debido a la importancia que se le da a la salud reproductiva hoy día.

Aún en el supuesto de que se mantenga que este derecho no existe y que como consecuencia no se lesiona a los padres comitentes, podría entenderse que se lesionaría el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE.

En efecto, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de las Naciones Unidas de 1944 define la salud reproductiva como el “estado general de bienestar físico,

---

<sup>91</sup> Idem, p. 32.

<sup>92</sup> Junquera, R.: *Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 15.

<sup>93</sup> Gómez, Y.: *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978. Congreso de los Diputados*, Madrid, 1990, p. 269 y ss.

<sup>94</sup> Heller, A.: *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Ed. Paidós, Barcelona, 1996, p. 93.

mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, lo que en consecuencia supone la libertad para decidir cuándo procrear y con qué frecuencia”. La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Asociación Mundial de la sexología definen la salud sexual como el “proceso permanente de consecución de bienestar psicológico, físico y sociocultural”. La esterilidad está reconocida mundialmente como una causa de sufrimiento y deterioro físico y psíquico para las parejas, siendo las personas que lo padecen objeto de un sufrimiento ya que no pueden procrear de forma biológica ni tampoco de forma genética<sup>95</sup>.

### ***5.3.2. ¿Daña a los padres intencionales la prohibición de gestación por sustitución?***

La prohibición a día de hoy de la gestación por sustitución lesiona el hipotético derecho a la reproducción, y aunque la existencia de este derecho no se aceptara, se lesionarían otros derechos como el derecho a la dignidad, el libre desarrollo personal, la libertad, la intimidad familiar, el derecho a la salud y a formar una familia.

A pesar de las lesiones que se producirían a los derechos mencionados, se quiere hacer una mayor abstracción: por un lado están aquellas personas que desean tener descendencia y no pueden. Por otro lado, la gestación por sustitución es una de las dos formas por las que actualmente las personas se pueden valer para tener descendencia. La otra forma que existe es la adopción, siendo esta prácticamente inoperativa hoy día<sup>96</sup>.

Es por todo ello que no cabe entender como razonable el mantener y prolongar este padecimiento para determinadas personas, más aun cuando hay una solución al alcance que encaja en nuestro ordenamiento jurídico: la gestación por sustitución gratuita y no genética. Entiendo que no colisiona con el derecho a la dignidad de las personas y el respeto hacia los demás<sup>97</sup> y que no lesiona los intereses de la gestante ni del menor. Además, la gestación por sustitución gratuita y no genética no se diferencia apenas de la realidad que implica la adopción.

---

<sup>95</sup> Brena, I.: “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 40 (2014), p. 142, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/component/content/article/61-revistas/517-revistasud14cast.html>.

<sup>96</sup> En España hay 33.000 familias con certificado de idoneidad que están en lista de espera para poder adoptar. Estos datos son obtenidos de la ONG: Familias de Colores. Disponible en <http://www.familiasdecolores.es/>. Última consulta 28.02.2017.

<sup>97</sup> Junquera, R.: *Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 31.

Por último, la opinión generada a nivel político y social en España queda reflejada en las siguientes líneas, que tratarán de formar siquiera un pequeño retrato de la realidad a pie de calle sobre este tema que nos ocupa.

## 6. CONCLUSIONES

A la vista de este trabajo se puede afirmar que la maternidad subrogada es una práctica que se quiera o no, se da en muchos lugares del mundo bien de conformidad con la ley del lugar, o bien transgrediéndola. También se puede observar la variada legislación país a país que se deriva de no existir una unión a nivel europeo, no ya digamos a nivel internacional. Está claro que no se puede poner puertas al campo, y parece razonable que se legisle para regular algo que escapa al control de los Estados en el mundo global en el que vivimos hoy, donde, como ya hemos visto, el turismo reproductivo está en auge, siendo una práctica limitada a los más pudientes, que consiguen alcanzar ese objetivo que otras muchas personas no pueden llevar a cabo por no disponer de los medios económicos necesarios. Ya hemos analizado la contradicción en la que caen algunos Estados, que, como España, prohíben la maternidad subrogada, pero que a su vez reconocen sus efectos si ha sido practicada fuera de nuestras fronteras. Para acabar con esta desigualdad social generada por una legislación que desde mi punto de vista, no alcanza a regular adecuadamente hoy por hoy la realidad social actual, considero razonable establecer un modelo altruista en España, que blinde a la madre gestante frente a cualquier abuso, así como al menor que va a dar a luz, dotándoles de todos los derechos precisos. Lo único que obtendría la madre gestante a cambio sería una contraprestación económica suficiente para cubrir todos los gastos derivados del embarazo y posterior parto: alimentos, baja laboral, gastos derivados del parto, seguro médico, etc., lo que en ningún caso supondría un beneficio económico a título lucrativo. Vale la pena poner atención a casos como el de Ana<sup>98</sup>, una mujer que decidió, conforme a la legislación de Brasil respecto a la gestación por sustitución<sup>99</sup>, engendrar mellizos para cedérselos a su hijo y a la pareja gay de éste de forma altruista. Como hemos analizado, la maternidad subrogada llevada a cabo bajo de forma regulada y

---

<sup>98</sup> Marra, A. (2017) “Doña Ana: madre y abuela de los mellizos de su hijo”. *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/cronica/2017/06/21/59453724468aebed538b4593.html>.

<sup>99</sup> El Consejo Federal de Medicina de Brasil reguló la norma de embarazo por sustitución, la cual permite que una pareja que no tiene opciones de tener hijos pueda pedir ayuda a un familiar hasta el cuarto grado con el objetivo de que ceda su útero para gestar al bebé y siempre que se haga sin contraprestación económica alguna, más allá de los gastos inherentes al proceso (alimentos, medicamentos, tests de embarazo, etc).

bajo la protección de los poderes públicos, no lesiona la dignidad de la mujer ni la cosifica, sino que forma parte de su autonomía y libre desarrollo personal. De esta forma conseguiríamos acabar con la injusta situación de que solo los más pudientes puedan optar por esta forma de tener un hijo, para que también aquellos que lo desean tengan la posibilidad de acudir a esta modalidad reproductiva en España, con un sistema legal diseñado para defender los intereses de todas las partes intervinientes (en especial de la madre gestante y del menor), de una forma estructurada, organizada y transparente. Y es que la solución a los problemas reside en el diálogo primero, y la acción racional y orientada a la justicia y la equidad después.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Andorno, R.: *Bioética y dignidad de la persona*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- Bayarri, M.L. (2015) “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”. *Noticias Jurídicas*, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>.
- Bécares, R. (2017) “El TSJM avala la decisión de negar la salida de Rusia a un bebé nacido por maternidad subrogada”. *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/madrid/2017/04/05/58e4d75ae2704edd318b4620.html>.
- Bernal, J.S. (2013) “Reproducción asistida y filiación. Tres casos”. *Opinión Jurídica*, disponible en <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/588/845>.
- Brena, I.: “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 40 (2014), p. 142, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/component/content/article/61-revistas/517-revistasud14cast.html>.
- Díez, L. (2017) “La OMC da marcha atrás y decide no opinar sobre gestación subrogada”. *Redacción Médica*, disponible en <https://www.redaccionmedica.com/secciones/medicina/la-omc-da-marcha-atras-y-decide-no-opinar-sobre-gestacion-subrogada-8581>.
- Esteban, P. (2017) “La maternidad subrogada une a feministas, Iglesia Católica y al “ala dura” del PP”. *El Confidencial* de 7 de febrero de 2017, disponible en [http://www.elconfidencial.com/espana/2017-02-07/vientres-alquiler-gestacion-subrogada-une-feministas-iglesia-catolica-conservadores-pp-congreso-nacional\\_1327644/](http://www.elconfidencial.com/espana/2017-02-07/vientres-alquiler-gestacion-subrogada-une-feministas-iglesia-catolica-conservadores-pp-congreso-nacional_1327644/).
- Farnos, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Revista para el Análisis del Derecho* núm. Enero (2010), p. 6.
- Farnós, E. (2010) “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting”. *Indret*, disponible en [http://www.indret.com/pdf/751\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf).
- Farnós, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Revista para el análisis del derecho* núm. 1, InDret (2010), Barcelona.
- García, C. (2017) “Un matrimonio italiano pierde la custodia de su hija por ser demasiado ancianos”. *El País*, disponible en [http://elpais.com/elpais/2017/03/14/mamas\\_papas/1489485287\\_313993.html](http://elpais.com/elpais/2017/03/14/mamas_papas/1489485287_313993.html).
- Gómez, Y. “*Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*”. Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.
- Gómez, Y.: *El derecho a la reproducción humana*. Ed. Pons, Madrid, 1994.
- Heller, A.: *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.

- Hildingsson, M. (2016) “Press release in Spanish”. Disponible en [http://www.fafce.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=314:comunicado-de-prensa-consejo-de-europa-rechaza-de-resolucion-sobre-la-maternidad-subrogada-un-paso-adelante-en-la-defensa-de-la-dignidadhumana&catid=53&Itemid=234&lang=en](http://www.fafce.org/index.php?option=com_content&view=article&id=314:comunicado-de-prensa-consejo-de-europa-rechaza-de-resolucion-sobre-la-maternidad-subrogada-un-paso-adelante-en-la-defensa-de-la-dignidadhumana&catid=53&Itemid=234&lang=en).
- Igareda, N.: “La Gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* núm 430 (2014), disponible en [http://www.catedraderechoygenomahumano.es/revista\\_sumario.asp?numero=41](http://www.catedraderechoygenomahumano.es/revista_sumario.asp?numero=41).
- Igareda, N. (2011) “El hipotético derecho a la reproducción”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/717/473>.
- Junquera, R.: *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía Jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- Lamm, E.: “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho”. *Revista para el Análisis del Derecho* (2012), disponible en [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf).
- Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.
- Landaluce, E. (2017) “El debate de la maternidad subrogada divide a PP y PSOE”, *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/espana/2017/01/29/588cff6d268e3e50768b4603.html>.
- Marra, A. (2017) “Doña Ana: madre y abuela de los mellizos de su hijo”. *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/cronica/2017/06/21/59453724468aebd538b4593.html>.
- Martín, J. (2009) “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”. *Fundación Foro*, disponible en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.
- Martínez, M. (2017) “Estrasburgo da la razón a Italia”. *Alfa y Omega*, disponible en <http://www.alfayomega.es/91439/europa-da-a-italia-la-custodia-de-un-nino-de-ventre-de-alquiler>.
- Martínez, A.S.: “artículo 220”. Gómez Tomillo, Manuel (Dir): comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015.
- Mateo, J.J. (2017) “El debate de la gestación subrogada tensa a los partidos”. *El País*, disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486494693\\_076151.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486494693_076151.html).
- Mercader, J.R. (2017) “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Dialnet*, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5865593>.

- Moraga, C. (2014) “El convenio de adopciones con Rusia que excluye a los gays sale adelante con votos del PP, CiU y PSOE”. *El Diario*, disponible en [http://www.eldiario.es/sociedad/Congreso-adopciones-Rusia-colectivos-LGTB\\_0\\_302020186.html](http://www.eldiario.es/sociedad/Congreso-adopciones-Rusia-colectivos-LGTB_0_302020186.html).
- Moreno, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 116 (2015), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=18567>.
- Peralta, J.R.: *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial Moreno, S.A., Madrid, 2004.
- Pérez, M. (2017) “La gestación subrogada enfrente a feministas y grupos LGTB”. *El Mundo*, disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487334746\\_534707.html](http://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487334746_534707.html).
- Presno, M. y Jiménez, P.: “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”. *Revista Española de Derecho Europeo* (2014), disponible en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>.
- Reyes, R. (2016) “El Supremo reconoce el derecho de los padres por gestación subrogada a disfrutar de baja maternal”. *El País*, disponible en [http://politica.elpais.com/politica/2016/10/20/actualidad/1476971361\\_784773.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/10/20/actualidad/1476971361_784773.html).
- Rodrigo, A. (2017) “Filiación y Registro Civil en casos de maternidad subrogada”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/registro-civil-en-casos-de-maternidad-subrogada/#determinacion-de-la-filiacion>.
- Sáinz, J. (2017) “Una clara mayoría a favor de que se autorice la gestación subrogada”, *El Español*, disponible en [http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632\\_0.html](http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html).
- Salgado, S. (2016) “La gestación subrogada en México: leyes en cada Estado y precios”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/mexico/#requisitos-para-los-padres-de-intencion>.
- Salgado, S. (2016) “La gestación subrogada en California: el destino más demandado en USA”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/>.
- Salgado, S. (2016) “Maternidad subrogada en la India”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/india/#nueva-legislacion-en-gestacion-subrogada>.
- Salgado, S. (2016) “Maternidad subrogada en la India”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/india/#nueva-legislacion-en-gestacion-subrogada>.
- Salgado, S. (2016) “Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación”. *Babygest*, disponible en <https://www.babygest.es/rusia/>.
- Sanz, J. E.: *Fecundación asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Ed. Ibáñez, Medellín, 2002.

Vidal, J.M. (2017) “Los obispos condenan la maternidad subrogada: “un hijo no es un derecho ni un deseo, sino un don””. *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/02/23/58aed4f3ca47418c4e8b464b.html>.

Vilar, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED* nº14 (2014), disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13293/12164>.

Yang, E. (2017) “La maternidad subrogada seguirá estando prohibida”. *Spanish.china.org.cn*, disponible en [http://spanish.china.org.cn/txt/2017-02/11/content\\_40266960.htm](http://spanish.china.org.cn/txt/2017-02/11/content_40266960.htm).