



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Grado en Derecho

## LA MATERNIDAD SUBROGADA

Controversias éticas y legislativas.

Presentado por:

**David Martín Gómez**

Tutelado por:

**Araceli Álvarez Álvarez**



## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene por objeto analizar la maternidad subrogada desde un punto de vista jurídico y ético.

El nacimiento de las técnicas de reproducción asistida en estas últimas décadas ha generado una gran controversia al dotar de ciertos mecanismos alternativos a aquellas personas que por causas naturales no pueden ver satisfecho su deseo de ser padres. Como consecuencia del mundo global actual en el que vivimos y la diferente aceptación que han tenido estas técnicas en cada Estado, ha dado lugar a un turismo reproductivo descontrolado generando inseguridad jurídica y sobretodo una incertidumbre respecto la determinación de la filiación para los sujetos que demandan estos servicios. Es evidente que ante esta situación, lograr una regulación garante de todos los valores y principios amparados por la Constitución y a su vez, de todos los sujetos intervinientes en el convenio gestacional no es tarea fácil debido a las numerosas modalidades de maternidad subrogada existentes y los diferentes enfoques desde los que se la analiza dando lugar a numerosas opiniones y diversas formas de concebir las técnicas de reproducción asistida.

## **PALABRAS CLAVE**

- ❖ Maternidad subrogada.
- ❖ Ética.
- ❖ Técnicas de reproducción asistida.
- ❖ Filiación
- ❖ Ley 14/2006

## **ABREVIATURAS**

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

FIV: Fecundación in vitro

SNH: Son Nuestros Niños

GS: Gestación por sustitución.

## **ABSTRACT**

The subject under study of the present essay is the analysis of surrogate motherhood from a legal and ethic point of view.

The birth of assisted reproduction techniques in these last decades has generated great controversy by endowing with certain alternative mechanisms to those who, due to natural reasons, cannot satisfy their will to parent a child. As a consequence of the globalized world that we live in and the different acceptance that these techniques have acquired in each State, an uncontrolled reproductive tourism has appeared. Generating legal uncertainty and, specially an insecurity towards the determination to the affiliation of these services. It is evident that in this situation, achieving a regulation that guarantees every value and principle stated in the Constitution and, at the same time, in every subject that intervenes in this gestational agreement is not an easy duty, due to the numerous modalities existing on surrogate motherhood and to the different takes from which they are analyzed, leading to a great number of opinions and diverse forms of conceiving the assisted reproductive techniques.

## **KEYWORDS**

- ❖ Surrogate motherhood.
- ❖ Ethics.
- ❖ Assisted reproduction techniques.
- ❖ Filiation
- ❖ Law 14/2006

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	CARACTERES GENERALES.....	7
2.1	Concepto. ....	7
2.2	HISTORIA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCION. ....	10
2.2.1	El caso BABY M.....	11
3.	MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA. ....	14
3.1	Visión desde una perspectiva social de la maternidad subrogada en función de los sujetos intervinientes. ....	19
3.2	Consecuencias de las diferentes modalidades de la maternidad subrogada en relación con la determinación de la filiación.....	22
4.	MARCO NORMATIVO RELATIVO A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA ESPAÑOL. ....	26
4.1	Introducción.....	26
4.2	Derecho Internacional.....	28
4.2.1	Convención sobre los Derechos del niño, 26 enero de 1990. ....	28
4.2.2	Conferencia de derecho internacional privado de la Haya de marzo de 2012.....	30
4.3	Derecho interno.....	31
4.3.1	La ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. ....	31
4.3.2	La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010. ....	34
4.4	Casuística posterior a la instrucción de 5 de octubre de 2010. ....	42
4.4.1	La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.....	42
4.4.2	Sentencia del tribunal europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014.....	43
4.4.3	El auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. ....	44
4.5	Reformas e iniciativas de regulación de la maternidad subrogada. ....	45
5.	POSTURA DEL COMITÉ DE BIOÉTICA RESPECTO DE LOS ASPECTOS ÉTICOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	48
5.1	Naturaleza, composición y funciones.....	48
5.2	Comentario y críticas respecto la postura del Comité ante los problemas éticos que genera la maternidad subrogada. ....	49

6. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE UN ENFOQUE DEL ARGUMENTO UTILITARIO Y DE LA TEORIA LIBERAL O LIBERTARIA.....	57
6.1 El utilitarismo.....	57
6.2 Perspectiva liberal y libertaria de la gestación por sustitución.....	59
7. ¿EXISTE REALMENTE UN DERECHO A SER PADRES O SE DEBE CATEGORIZAR COMO UN DESEO? .....	61
8. CONCLUSIONES.....	62
9. FUENTES.....	64

## 1. INTRODUCCIÓN.

El principal propósito que tiene este trabajo es analizar los elementos que conforman la figura de la maternidad subrogada con el fin de mostrar una visión lo más completa posible de ella dentro de la complejidad que experimenta esta materia. Por ello, la parte inicial del presente estudio trata de delimitarla tanto conceptualmente como objetivamente.

Los avances científicos en materia reproductiva en estas últimas décadas han permitido que mediante la gestación por sustitución se pongan en cuestión determinados pilares sobre los que se asentaba la legislación relativa al Derecho de Familia y en concreto la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas. El núcleo del problema se identifica con la prohibición expresa de todo contrato que verse sobre la gestación por sustitución en España y la demanda de éstas por parte de ciudadanos españoles en Estados en los que existe una regulación donde está permitida y amparada legalmente. Además, como última pretensión de los denominados comitentes es inscribir a los menores en Registro Civil consular español la relación de filiación reconocida en un país extranjero. Ante este escenario, se promulgó la polémica Instrucción de 5 de octubre de 2010, la cual, establece una vía que admite inscribir a estos menores siempre y cuando se cumplieran unos requisitos dispuestos en su articulado, sin embargo, este hecho daba lugar a una contradicción con la prohibición contenida en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 10.

Además de las cuestiones que plantea la maternidad subrogada desde un plano jurídico, no hay que desconocer aquellas referentes al ético, como expone en un informe el Comité de Bioética de España. Dicho informe fue elaborado debido a la creciente demanda de estas técnicas y el encendido debate que ha suscitado en la actualidad debido a la entidad de los derechos individuales que entran en juego en este tipo de contratos y el alto riesgo de ser vulnerados de no existir un control muy riguroso. En definitiva, la cuestión primordial es aquella consistente en prohibir o permitir la maternidad subrogada y, en este último caso, en qué términos debe regularse.

Por último, visto todo lo anterior es evidente que el legislador se encuentra ante un reto normativo de gran trascendencia debido al incremento de la demanda de estas técnicas de reproducción y la continua evolución de la ciencia en esta materia.

## 2. CARACTERES GENERALES.

### 2.1 Concepto.

La maternidad subrogada es una práctica consistente en un acuerdo llevado a cabo por los padres de intención o comitentes y una mujer gestante, comprometiéndose esta última a gestar y entregar al recién nacido llegado el momento del alumbramiento, renunciando de forma absoluta a todos los derechos relativos a la maternidad.

Considero útil e importante delimitar por separado los términos “maternidad” y “subrogar” para lograr una visión más correcta y profunda del concepto global de maternidad subrogada.

Conforme a la RAE, el concepto de maternidad es el siguiente: “Estado o cualidad de la madre”

Por un lado, la RAE define subrogar de la siguiente forma: “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”

Sin embargo es necesario introducir el término “gestar”, ya que uno de los principales efectos que produce la maternidad subrogada es la posibilidad de disgregar la gestación de la maternidad, situación totalmente insólita derivada de los grandes avances de la ciencia y la medicina que permiten concebir un hijo sin atender a los métodos naturales de procreación.

Por otro lado, el concepto “gestar” conforme a la RAE es el siguiente: “Dicho de una hembra: Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto”

Se puede extraer de estas definiciones la indispensable unión entre maternidad y gestación, existente anterior al nacimiento de las técnicas de reproducción artificial, cuando el modelo familiar estaba sometido a reglas estrictas, tanto morales como jurídicas, ya que lo que se pretendía proteger era el bienestar de los niños, al considerarse que éstos debían criarse en el entorno más favorable posible, correspondiéndose con el de un matrimonio compuesto por un padre y una madre y sobre todo la importancia de cumplir la secuencia procreación – gestación – educación.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José; *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*; Editorial

Es importante subrayar las diferentes y muy variadas denominaciones que recibe esta práctica, ya que en función del término utilizado, puede implicar una valoración ética concreta o destacar un aspecto u otro de ésta.

La terminología a la que se suele recurrir son las siguientes: maternidad subrogada, alquiler de vientres, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad de alquiler, maternidad por sustitución, etc. Esta batalla terminológica está presente en medios de comunicación al igual que en los diversos profesionales que analizan esta materia. Siguiendo el análisis expuesto en el Informe del Comité de Bioética<sup>2</sup> sobre la materia que someto a escrutinio, se puede extraer que es erróneo recurrir al termino vientre de alquiler debido a que los padres de intención no contratan únicamente un vientre, sino a una persona en su plenitud para realizar la gestación que éstos no pueden o simplemente no desean, por tanto, es más correcto hablar de madre de alquiler. Destacar que esta terminología presenta un contexto en el que vincula esta práctica con un precio o estipendio, ya que cuando se habla de alquiler existe una contraprestación económica por parte que acuerda el servicio objeto del contrato. Ciertamente es que conforme a la RAE, la segunda acepción de alquiler es la siguiente: “precio en que se alquila algo”.

En especial, aquellas familias que han utilizado estas prácticas y determinadas asociaciones que se inclinan a favor de éstas, como son SNH<sup>3</sup> y AGSE<sup>4</sup>, muestran cierto descontento cuando se vincula el término “vientre de alquiler” a estas prácticas, ya que cosifica, mercantiliza y reduce la visión de la mujer a esa parte de su cuerpo, y por ende, se decantan por el termino maternidad subrogada.<sup>5</sup>

---

Calamares S.L, p. 20.

<sup>2</sup> Comité de Bioética de España, “Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada”; Mayo de 2017, pp. 9-10; Véase en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

<sup>3</sup> SNH son las siglas que se corresponden con una asociación de familias monoparentales, heteroparentales y monoparentales que recurre a la GS como manera de acceder a la paternidad y maternidad, denominada “Son Nuestros Hijos”. Véase en: [www.sonnuestroshijos.com](http://www.sonnuestroshijos.com)

<sup>4</sup> AGSE son las siglas correspondientes a la “Asociación por la Gestación Subrogada en España”. Véase en: [gestacionsubrogadaenespana.es](http://gestacionsubrogadaenespana.es)

<sup>5</sup> Polo García, Susana, “¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?”; Véase en: [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Gestion-subrogada-vientre-alquiler\\_11\\_1102555001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Gestion-subrogada-vientre-alquiler_11_1102555001.html)

Otra pugna terminológica existente es aquella que denomina la práctica “maternidad por sustitución”, a la que el Informe del Comité de Bioética no considera correcta en su totalidad, expresando lo siguiente: “desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante)”.<sup>6</sup>

Por último, calificar esta práctica como gestación por sustitución o gestación subrogada resulta inadecuado, ya que implica una serie de consecuencias como es la de silenciar o encubrir el término maternidad, entendiendo que la figura de la madre implica además de gestar y dar a luz, crear un entorno favorable para la educación del recién nacido, es decir, completar la secuencia que exponía anteriormente.

Sin embargo, hay que hacer referencia al término con que define el texto legislativo regulador este tipo de prácticas, ya que toda persona deberá ajustarse a él.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>7</sup>, en su artículo 10, la denomina “gestación por sustitución” (en adelante GS). Es preciso destacar que no define de forma expresa esta práctica a lo largo de su articulado, ni examina ni expone las diversas posibilidades de realizarla, simplemente se limita a establecer una prohibición de la misma en el párrafo primero del artículo mencionado “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (10.3 LTRHA).

Como consecuencia de lo anterior, es imprescindible citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, la cual, define la práctica que se analiza en este trabajo del siguiente modo: “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar en nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos<sup>8</sup>”.<sup>9</sup> Esta denominación tiene gran relevancia

---

<sup>6</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, pp. 9-10.

<sup>7</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, referencia, BOE-A-2006-9292.

<sup>8</sup> Los gametos son: “Cada una de las células sexuales, masculina y femenina, que al unirse que al unirse forman el huevo de las plantas y de los animales”

desde un punto de vista doctrinal, ya que aporta un concepto de gestación por sustitución, que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no establece, sino que únicamente se limita a prohibir de forma expresa dicha práctica.

Para concluir, considero muy útil exponer varias definiciones de diversos autores que han tratado esta materia con la finalidad crear un contexto conceptual más completo y diverso y así poder obtener una noción más general y plena.

Así, Martín Camacho define la misma como: “Maternidad sustituta, maternidad subrogada o alquiler de vientre son los nombres con los que se denomina habitualmente a la practica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días, a otra persona o pareja renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente a cambio de una suma de dinero”<sup>10</sup>

Por su parte Martínez Pereda Rodríguez y Massigoge Benegiu exponen la siguiente definición “Es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizara la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos”<sup>11</sup>

## 2.2 HISTORIA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCION.

Con el fin crear una visión previa de esta materia, cabe subrayar que las primeras referencias a la gestación por sustitución aparece en pasajes recogidos en la Biblia y el Código de Hammurabi, entendiéndose ésta como aquella circunstancia en el que una mujer gesta el niño de otra estirpe. Es evidente que no existían las actuales técnicas de reproducción asistida, por ello el único medio eran las relaciones sexuales entre la mujer

---

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. (Sentencia Civil N° 826/2011, AP Valencia, Sec. 10, Rec 949/2011).

<sup>10</sup> Martín Camacho, Javier, 2004, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable”; Pp.1; Véase en: <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

<sup>11</sup> J.M MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ y J.M MASSIGOGE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. Dykinson 1994. Pp.95.

gestante y el padre de intención ante los problemas de infertilidad de la madre de intención, razón por la cual, en la actualidad se denomina maternidad subrogada parcial.<sup>12</sup>

Así en la Biblia, se relata el episodio en el que la pareja compuesta por Abram y Saray, padecen problemas de fertilidad y ella le propone una alternativa consistente en mantener relaciones sexuales con otra mujer con la única finalidad de poder tener descendencia. Esta realidad viene recogida en el Génesis, “Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos. Pero, como tenía una esclava egipcia llamada Agar. Saray le dijo a Abram: El Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”

Respecto al Código de Hammurabi, establece una alternativa para aquellos supuestos en los que la mujer es infértil, consistente en poder requerir a una esclava únicamente con la finalidad de procrear. Como “recompensa” por dicho trabajo, se especificaba en una de sus leyes que aquella esclava que hubiere tenido hijos por las causas expuestas anteriormente, no podía ser vendida.

Una vez expuestos los posibles primeros vestigios de esta práctica de forma introductoria y anecdótica, continuó con uno de los antecedentes más notorios cuyos inicios se manifiestan con el nacimiento de las actuales técnicas de reproducción asistida a partir de la década de los 70<sup>13</sup>.

### 2.2.1 *El caso BABY M*

Este caso real ocurrido en los años 80 en Estados Unidos, los protagonistas eran William y Elisabeth Stern, una pareja de New Jersey cuyo deseo era tener un hijo, pero que siguiendo los cauces naturales de procreación no podían sin poner en peligro la salud de ella debido a la enfermedad degenerativa que padecía. Ante esta situación, la pareja acudió a un centro que trataba la subrogación de embarazos.

---

<sup>12</sup>Álvarez Hernández, Natalia, 16 de noviembre de 2017, “Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”; Véase en: <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>

<sup>13</sup> Ídem.

Mary Beth Whitehead<sup>14</sup>, interesada por los anuncios del centro de tratamiento de embarazos mediante subrogación decidió recurrir a los convenios gestacionales. El contenido de los mismos, era buscar a una madre sustituta que llevase a cabo el proceso de gestar por un precio<sup>15</sup>.

En 1985 los padres de intención procedieron a firmar un contrato por el que Mary Beth accedía a ser inseminada por los gametos de William, continuar con la gestación hasta dar a luz y por último entregar al recién nacido, todo ello renunciando a cualquier derecho materno que le pudiera corresponder sobre el mismo, para que Elisabeth pudiera adquirir el derecho a adoptar.

En el mes de marzo de 1986, nació Melissa, cuyo nombre fue puesto por los Stern. Sin embargo, sucedió que Mary Beth no quería entregar a la niña, como así estipulaba el contrato. A razón de este hecho, se fugó a Florida, donde se emitió una orden judicial<sup>16</sup> que obligaba a la entrega de la niña a los Stern.

El escenario que se planteó ante esta situación, en un Estado donde no existía una ley que regulase la maternidad subrogada fue el de la vinculación de las partes al contrato, es decir, si se debía cumplir o por el contrario declararlo nulo de pleno derecho por razón de su objeto.

Se acudió para la defensa de los Stern a una serie de argumentaciones, tendentes a preservar el contrato, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad y por ende el de la fuerza vinculante del acuerdo llevado a cabo por las partes, en este supuesto cada parte obteniendo un beneficio<sup>17</sup>. Sin embargo, se llegó a la conclusión que el contenido y objeto de estos contratos no era común y por tanto, la validez del contrato se podía ver comprometida.

Son dos los motivos u objeciones por los que se puede ver comprometida esta validez:

---

<sup>14</sup> Era una mujer de clase social baja, con dos hijos y casada.

<sup>15</sup> La contraprestación que corresponde al matrimonio Stern, como consecuencia de acceder a los servicios de la madre sustituta, es aceptar el pago de 10.000 dólares en el momento de la entrega del recién nacido y correr con los gastos que pudiera ocasionar el embarazo.

<sup>16</sup> Como consecuencia de la orden judicial de entrega que lograron que se emitiera los Stern, al ser Mary Beth encontrada por la policía, se procedió a dar a la niña a Stern y la custodia fue objeto de litigio en los juzgados de New Jersey.

<sup>17</sup> El beneficio obtenido por Mary Beth, es la obtención de 10.000 dólares y el de los Stern se traduce en la obtención de un hijo con su sangre.

En primer lugar, no existe una certeza absoluta sobre el acto por el que la mujer se compromete a gestar un hijo con el único fin de entregarlo tras el nacimiento a cambio de dinero está absolutamente informada, debido a que existe una dificultad plena sobre lo que se va a sentir después del embarazo con anterioridad al mismo. Ante este hecho, es posible imaginar que la mujer sustituta ha realizado este servicio posiblemente por presión, debido a su mala situación económica o a la no adecuada ni exhaustiva información.

En segundo lugar, existe un sector de opinión que rechaza el tráfico de menores y, por tanto, la gestación por sustitución, pese a que voluntariamente las partes puedan pactarlo. Por tanto, el fundamento de esta posición crítica es la posible cosificación de los menores y explotación de las mujeres en situaciones económicas vulnerables.

El Juez Sorkow encargado de administrar la justicia en este caso, denominado “Caso Baby M”, no accedió a aceptar los dos motivos citados anteriormente y por ende declaró válido el contrato y su obligación de cumplirlos, debido a que no era suficientemente razón de peso que la madre hubiere cambiado de opinión tras el nacimiento de la niña. Primero, el juez consideró que no existía un vicio en el consentimiento de Mery Beth, argumentando que su posición en ningún momento era de inferioridad y que cada parte obtuvo el beneficio que esperaba respecto el cumplimiento del contrato. Tanto una parte como la otra no ostentaban un conocimiento profesional de la materia, no pudiéndose provocar un desequilibrio que diese lugar a un aprovechamiento de dicha situación por una de las partes. Respecto al argumento consistente en establecer una relación de causalidad entre el contrato de gestación por sustitución y la venta de niños, el Juez Sorkow afirmó que William Stern era el padre biológico y por ende no había existido ningún tipo de compra, sino que los 10.000 dólares pagados por los Stern, eran en concepto de un servicio (gestación).

La resolución emitida por el Juez Sorkow, dio lugar a la presentación de una apelación ante la Corte Suprema de New Jersey que por unanimidad dictó sentencia el 3 de febrero de 1988 estableciendo que el contrato de GS no era válido.

Dicho Tribunal ante este novedoso escenario que se le presentó, estableció que la custodia debía corresponder a los Stern, principalmente por la búsqueda del beneficio del menor al entender que existía un clima familiar más favorable para su educación. No obstante, el

Tribunal atribuyo la condición de madre a Mery Beth Whitehead y solicitó el derecho de visitas que le correspondía.<sup>18</sup>

### 3. MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA.

La clasificación de las modalidades de maternidad subrogada tiene más importancia práctica que lo que a priori se pudiere pensar; además de exponer las amplias posibilidades de gestación por sustitución que se pueden dar, también permite establecer una delimitación de cuales son o no admitidas por los Estados, ya que no existe una postura unánime respecto a esta materia. Así existen ordenamientos jurídicos que repudian cualquier modalidad de maternidad subrogada como es el español, mientras que otros lo admiten siempre y cuando exista un carácter altruista y por último los que aprueban cualquier modalidad, como son Canadá, Estados Unidos, Rusia, Ucrania, etc.

Existen diversos criterios<sup>19</sup> según los cuales podemos clasificar las diversas posibilidades de maternidad subrogada que se pueden dar:

- En función de los sujetos intervinientes y el origen del aporte genético. Mediante la siguiente tabla<sup>20</sup> se pueden observar las diferentes variables que se pueden dar desde la perspectiva de una pareja o matrimonio heterosexual.

		<u>Matrimonio o pareja</u>		
		<u>Varón</u>	<u>Mujer</u>	<u>Mujer sustituta</u>
1	+	+		TE..... Gestación.
2	+	--		Inseminación... Gestación más aporte del ovulo.
3	+	--		TE..... Gestación. Interviene una 4ª persona.

<sup>18</sup> Álvarez Álvarez, Araceli. “El caso Baby M”. Revista semestral del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid”, 2016. Pp. 24-25.

<sup>19</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, p. 6.

<sup>20</sup> La tabla expuesta corresponde a la obra de J.M Martínez Pereda Rodríguez y J.M Massigoge Benegiu (MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M y MASIGOGUE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, páginas 95-97; DYKINSON 1994.

	(óvulo de donante)	
4	--            +	TE..... Gestación. Interviene una 4ª persona.
5	--            -- (semen y óvulo de donantes)	TE..... Gestación. Intervienen 4ª y 5ª persona.
TE = Transferencia de embrión.		
+ = con aportación genética; -- = sin aportación genética.		

A modo de ilustrar los datos contenidos en la tabla, en el supuesto número uno tanto el hombre como la mujer (comitentes) ceden su componente genético; en el segundo, únicamente el varón aporta sus gametos y por ende la mujer sustituta gesta y aporta su óvulo; en el tercero y cuarto, se nos plantea un mismo escenario consistente en que un miembro de la pareja cede sus gametos (sin importar cuál de ellos) y participa una cuarta persona denominada donante para hacer posible la consecución de la GS, y por último el supuesto consistente en el que por medio de donantes, el matrimonio o pareja lleva a cabo la GS sin involucrarse genéticamente.

- Motivación que mueve a la mujer gestante a someterse a la GS.

Puede ser altruista o existir un interés económico de por medio; así, en la primera opción, la mujer gestante realiza un servicio (gestar) sin recibir ningún tipo de retribución, únicamente los posibles gastos médicos e incluso el lucro cesante sufrido durante los meses de embarazo, en caso de existir los mismos. Por regla general, se corresponde con mujeres que debido a un fuerte vínculo familiar o de amistad o que sencillamente el único móvil es su mentalidad altruista con un sujeto estéril y, por tanto, asumen un embarazo ajeno<sup>21</sup>. En la segunda, la mujer sustituta recibe una retribución como contraprestación a la realización de un servicio.

- La existencia o no de vínculos afectivos entre los padres de intención y la mujer gestante:

<sup>21</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José. Op. cit, pp. 17-18.

En el supuesto de existir dicho vínculo, la mujer gestante se debe corresponder con la madre, hermana, tía, prima, sobrina. El resultado es la existencia de un doble vínculo<sup>22</sup> del recién nacido con la gestante. En cambio cuando no existe ningún enlace familiar con la gestante, ésta puede ser cualquier persona, que es lo más habitual en la práctica.

- Existencia de cláusulas relativas al carácter de la entrega del niño

Se pueden distinguir diversas situaciones que se pueden dar, siendo el supuesto más común aquel en el que la mujer gestante renuncia a todos los derechos inherentes a la maternidad con anterioridad al nacimiento y por ende, la entrega del niño una vez finalizado el parto. Este hecho queda patente cuando existe un pago de los comitentes por los servicios que desempeña la gestante debido a que los términos establecidos en el contrato son estrictos en cuanto a la libertad<sup>23</sup> de decisión de ésta, estableciendo la renuncia anterior al nacimiento. En el caso de no respetar lo dispuesto en el contrato se pueden entablar acciones contra la gestante al incurrir en responsabilidad por incumplimiento del mismo. No obstante, nada impide que se pueda acordar que la mujer gestante ostente la libertad para decidir los días posteriores al parto si entrega o no al niño (es lo menos frecuente).<sup>24</sup>

- Las causas que motivan la práctica de la GS.

Son muchas las circunstancias que pueden originar el inicio de un pacto de maternidad subrogada. Sin analizar de forma exhaustiva todas ellas, se pueden clasificar en función de la materia:

1. Causas médicas: la infertilidad, la imposibilidad de gestar, tanto de la mujer sola como en pareja, por edad o por el deseo de no transmitir a los descendientes una enfermedad genética, son las más comunes.

---

<sup>22</sup> Un ejemplo que expone el Informe del Comité de Bioética de España es el siguiente “*si una madre gesta para su hijo, el niño resultante sería legalmente nieto de la gestante pero “hijo” en cuanto a la gestación*”. (Comité de Bioética de España, op. cit, p.23)

<sup>23</sup> En la formalización de contratos de GS con un fin lucrativo, se tiende a limitar la libertad de decisión de la mujer sustituta, en relación al momento de entrega del niño. Lo más común es que se pacte antes del nacimiento las condiciones de dicha entrega, estableciendo la misma tras el parto, con el fin de evitar cualquier contratiempo que pudiese surgir posteriormente.

<sup>24</sup> Álvarez Álvarez, Araceli. Op. cit, p

2. Causas laborales: se corresponde con mujeres, que no desean someterse a un embarazo ni a las consecuencias que el mismo produce, debido a los trastornos laborales que le pudiese ocasionar. Cabe destacar que en este supuesto, a diferencia de las causas anteriores, que estas mujeres si tienen la posibilidad de ser madres por medios naturales sin recurrir a una tercera persona.

Otras causas: otra de las principales causas que están en auge en la actualidad es el anhelo de la paternidad por parte de los hombres homosexuales (solo o en pareja), al igual que determinadas mujeres que desean ser madres sin querer pasar por el proceso del embarazo y su respectiva recuperación física, es decir, por causas más bien estéticas.<sup>25</sup>

- Libertad, voluntariedad y tener una noción básica sobre el funcionamiento de estas técnicas.

En la mayoría de los supuestos cabe presumir que estos elementos se cumplen; no obstante, es evidente que debido a las innumerables circunstancias que inciden en el proceso pueden verse comprometidos. La existencia de diversos marcos normativos y la insuficiente regulación de esta materia, implica que exista una mayor dificultad para establecer unas garantías jurídicas que permitan establecer un modelo garante de dichos elementos.<sup>26</sup>

- Situación geográfica de los comitentes y la gestante.

Pueden darse múltiples variables: Los comitentes y la gestante pueden ser del mismo país pudiendo estar o no en contacto entre ellos durante el proceso. Otra posibilidad es que las partes residan en Estados diferentes<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José. Op. cit, p.16.

<sup>26</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, p. 8.

<sup>27</sup> En esta variable se pueden clasificar muchos supuestos consistentes en huidas de los solicitantes de los ordenamientos que prohíben radicalmente la maternidad subrogada, como pueda ser el español (artículo 10), en concordancia con lo que también expone M<sup>o</sup> Paz García Aburuza cuando analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833). En ella se debate la validez de la inscripción de dos menores nacidos en California mediante GS, que finalmente el Tribunal estimó dejar sin efecto dicha inscripción. Una de las argumentaciones que fundamentó la sentencia fue el de la huida del ordenamiento jurídico español, señalando lo siguiente “*Son nacionales y residentes en España, fueron a California únicamente con el fin de realizar la gestación por sustitución porque tal era prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero la entiende artificial, fruto de la huida de los solicitantes del Ordenamiento español, que declara nulo el contrato de gestación así*

- Existencia de un marco jurídico que regule y aporte seguridad jurídica a la GS.

Se puede observar que en determinados países no se regula de forma adecuada la GS debido a su carácter novedoso, provocando que numerosas legislaciones queden obsoletas al no abarcar los supuestos de hechos y los efectos que plantean estas técnicas. Esta situación por regla general, se corresponde con países en vías de desarrollo. Una muestra de ello es el inquietante papel que ocupaba la GS en la India, por el hecho de que “no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños”<sup>28</sup> según declaró en 2014 el Comité de Derechos del Niño en las Observaciones finales efectuadas ante los Informes periódicos elaborados por diversos Estados. Más allá de mostrar la postura que adopta sobre esta materia, el Comité reclama que la India adopte las medidas legales oportunas para evitar el uso indebido de la maternidad subrogada en aras de salvaguardar el acatamiento de la Convención y los protocolos ratificados por los Estados.<sup>29</sup> Ello suscitó que con posterioridad la India prohibiese la gestación por sustitución internacional.

No obstante, que exista una regulación vigente de la misma no garantiza su cumplimiento, un claro ejemplo es España en el que existe una prohibición expresa de la gestación subrogada al declararse nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la misma, en virtud del artículo 10 LTRHA. Sin embargo, hay que reconocer que anualmente existen numerosas inscripciones de nacimiento en consulados españoles de niños nacidos por estas prácticas, y ello implica que un número determinado de individuos ha logrado sortear<sup>30</sup> los mecanismos legales

---

*considerado*”. (García Aburuza, M<sup>a</sup> Paz, “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”. Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2015 parte Estudios. Pp 3-4).

<sup>28</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66<sup>o</sup> período de sesiones, 26 de mayo a 13 de junio de 2014, pp 13-14.

<sup>29</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, pp 31.

<sup>30</sup> Según expone Pilar Álvarez Molero, “el Gobierno tiene conocimiento entre 2010 y 2016 de 979 inscripciones de hijos por gestación subrogada”. (Álvarez Molero, Pilar, 8 de noviembre de 2017, “El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada; Véase en: [https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\\_776827.html](https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html))

diseñados para prohibir este tipo de situaciones, quedando patente que la legislación en estos supuestos no es efectiva.

A diferencia de los supuestos anteriores, existen países en los que las legislaciones son más flexibles y permisivas con estas prácticas, logrando un mayor cumplimiento de las mismas<sup>31</sup>.

### **3.1 Visión desde una perspectiva social de la maternidad subrogada en función de los sujetos intervinientes.**

La anterior clasificación<sup>32</sup>, además de establecer un listado de los diferentes tipos de variables existentes en esta práctica en función de los sujetos intervinientes, predispone a una valoración ética y una visión social de las mismas; por tanto, es lógico pensar que alguna de ellas sean objeto de gran controversia y respecto a otras, en cambio, exista una mayor tolerancia.

Por consiguiente, seguiré una línea de exposición de las modalidades de gestación por sustitución que a priori no generan un gran rechazo social a las que sí que lo provocan. .

Una primera modalidad se podría encuadrar en el supuesto en el que una mujer casada no puede gestar en su propio útero, debido a cualquier tipo de enfermedad, malformación pero si cuenta con sus propios óvulos, y sin embargo, el marido no tiene ningún tipo de problema de fertilidad, es decir, la calidad de sus espermatozoides es óptima; por tanto, podría llevarse a cabo la FIV e implantar el embrión en la hermana de la mujer que voluntariamente presta su consentimiento para apoyar al matrimonio a superar el problema de infertilidad que sufren.

En este caso, el matiz más relevante es el carácter altruista por parte de la hermana, donde no hay intercambio de dinero y nos encontraríamos como expone Martín Camacho “ante una pareja heterosexual y en una relación simétrica entre familiares”<sup>33</sup>. Este supuesto al no mediar dinero no genera mucha controversia social, debido a que se presume que el consentimiento prestado por el familiar dispuesto a llevar a cabo el proceso de gestación, es totalmente libre y voluntario. Ello no quiere decir que no se planteen algunas objeciones a

---

<sup>31</sup> *Ibíd*em, pp 8.

<sup>32</sup> Martín Camacho, Javier, *op. cit*, pp 3-6.

<sup>33</sup> *Ibíd*em, p.11.

este método, como pueden ser aquellos casos en los que tal vez sea la hermana, la madre, abuela o cualquier familiar con un grado de consanguinidad y afinidad próximas, la mujer gestante por sustitución. Esta doble faceta que puede ejercer un mismo familiar, entra en colisión con la tradicional figura de la familia y la procreación natural, por ello se crea un clima de anormalidad o antinatural en la sociedad respecto esta modalidad de GS., sobre todo en aquellas facciones más conservadoras de la misma.

Otra modalidad, podría corresponderse con el supuesto en el que una determinada mujer tiene problemas para gestar, y pide ayuda a su círculo social más cercano, como puede ser una amiga que se ofrece como madre sustituta, obteniendo los espermatozoides de un donante anónimo, o de algún amigo. Este supuesto genera bastantes críticas, sobre todo en un sector más conservador como es el de la Iglesia Católica (criticando también el supuesto anterior), en el que no conciben una unidad familiar más allá del matrimonio tradicional y ostenta visión negativa de la inseminación artificial en general, tanto la homóloga como la heteróloga. Según expresa el obispo católico Raffaello Martinelli “la persona no debe romper la conexión inseparable que Dios ha querido poner entre las dos finalidades del acto conyugal: unitiva y procreadora. La procreación debe ser fruto del acto conyugal”<sup>34</sup> o fraseando a Pío XII, que ya en 1956, lo expresaba de este modo “El hijo es el fruto de la unión conyugal, a cuya plenitud conducen las funciones orgánicas y emociones sensibles que están relacionadas”.<sup>35</sup>

En relación con el anterior supuesto, en el caso de que los padres de intención fueren dos hombres, independientemente de que estén unidos mediante matrimonio o no, existe una concepción social más crítica, debido a que se considera que al menor recién nacido se le está privando de una figura materna y por ende una serie de efectos negativos al menor tanto psicológicos, como trastornos afectivos.

En concordancia con lo anterior, admitiendo el supuesto en el que el acceso a la maternidad subrogada estuviese amparado por Ley únicamente en los casos en los que exista un carácter altruista y la madre sustituta se corresponda con algún familiar o una tercera persona próxima a los comitentes, el mismo provoca también numerosas críticas, fundamentadas en la aleatoriedad que provoca esta vía para lograr ser padres mediante GS,

---

<sup>34</sup> Martinelli, Raffaello, “la inseminación y la fecundación artificial”; Véase en: <https://es.catholic.net/op/articulos/58258/cat/1126/la-inseminacion-y-la-fecundacion-artificial.html#modal>.

<sup>35</sup> Ídem.

es decir, exclusivamente van a conseguirlo aquellos sujetos que tengan la fortuna de tener o encontrar un familiar o alguien próximo que se comprometa a someterse a la Gestación por sustitución de forma altruista, lo que provocaría que el proceso se convertiría en una lotería excluyendo a numerosos demandantes de estas técnicas por el mero hecho de no tener familiares o alguien cercano que cumpla los requisitos mencionados, por lo que se considera injusto socialmente. Otro sector de la sociedad considera que esta vía es un símil de las listas de espera de trasplante de órganos, en los que la suerte es un factor trascendental debido a que dependiendo cuando tenga lugar la notificación sobre la disponibilidad del órgano del que eres receptor y el número de personas mejor posicionadas en la lista de espera, podrá originar un resultado u otro.

Otra variable de maternidad subrogada que se puede dar es la de un matrimonio o pareja de hecho cuya pretensión es ponerse en contacto con una persona denominada madre gestante y generalmente suelen tener como objetivo aquellas que muestran dificultades económicas, sean de clase baja o de países en vía de desarrollo, que mediante un negocio jurídico ya sea el pago de una determinada cantidad de dinero o entrega de bienes con la finalidad de obtener la aceptación de una de estas ofertas a cambio de los servicios de las mismas para gestar y alumbrar a su futuro hijo o hija, utilizando los óvulos de estas, los de la mujer contratante o una tercera donante y el esperma del hombre contratante, un tercer donante, ya sea anónimo o conocido y en algunos casos menos frecuentes los de la pareja de la mujer gestante. Esta modalidad es una de las más frecuentes, en la cual, subyacen una serie de inconvenientes que las autoridades administrativas consideran que son de los más graves que pueden ocasionar estas prácticas de procreación, como es un posible caso de tráfico de niños y la trata de la mujer.

Algunos autores, muestran un especial descontento e irritación con esta modalidad, ya que como expone Carlos Lasarte Álvarez, “sólo faltaba ponerle el broche de oro al conocido poderoso caballero Don Dinero y permitir la instrumentalización de los más débiles en favor de los económicamente poderosos incluso en la procreación y gestación de los hijos”<sup>36</sup>

A modo de sinopsis, los detractores de la maternidad subrogada al observar elemento del dinero como único móvil en el que se basa la maternidad subrogada, el recién nacido

---

<sup>36</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual de Derecho de Familia, principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, 2013, p. 302.

alumbrado conforme a estas conductas puede terminar considerándose como un objeto inmerso en el mercado, situación totalmente atentatoria contra la dignidad humana y se puede llegar a crear una conciencia en las futuras generaciones sociales muy negativa, consistente en creer que con dinero se puede alcanzar cualquier objetivo, incluso comprar una vida.

Otra posibilidad que se encuentra en auge en la actualidad, son aquellos varones cuya orientación sexual es la homosexualidad, independientemente de que estén en pareja o solteros, que acceden a la figura de la gestación por sustitución como principal vía para acceder a la paternidad mediante la puesta en contacto con una mujer gestante y pueden utilizar el ovulo de ella o de una donante conocida o anónima y el semen de uno de ellos si pareja, o de ambos combinados.<sup>37</sup>

Las objeciones a esta modalidad, además de las generales de la propia maternidad subrogada, son las referidas a la orientación sexual de los contratantes.

Así, como hemos visto, dependiendo de cada uno de los detalles y matices que se pueda incorporar a cada modalidad, el debate ético abarca cada vez un abanico de materias más amplio y profundo, sin embargo, debido a la diversidad de las potenciales circunstancias en las que la gestación por sustitución se pueda dar, es muy complejo analizar exhaustivamente todas ellas, por ello, este trabajo se centra en las formas más frecuentes que se dan en la actualidad.

### **3.2 Consecuencias de las diferentes modalidades de la maternidad subrogada en relación con la determinación de la filiación.**

En primer lugar, haciendo referencia a la modalidad de GS en la que el único móvil para someterse a esta práctica por parte de la mujer gestante es la retribución recibida por el servicio prestado (gestar), podría originar una tendencia o consecuencias negativas, en cuanto establecer e incluso imponer<sup>38</sup> determinadas funciones al cuerpo femenino con un

---

<sup>37</sup> Es una técnica consistente en mezclar el semen de ambos varones, y por consiguiente realizar la inseminación, con el fin de que el resultado relativo a quien es el padre biológico, sea totalmente aleatorio.

<sup>38</sup> Considero que siempre que exista un móvil económico en estas prácticas y no exista una regulación efectiva garante de los derechos individuales de las mujeres gestantes, posiblemente originará una extralimitación y mercantilización de las funciones reproductivas de estas mujeres y por ende la explotación de las mismas, por ello expongo el matiz “imponer”. Argumento similar

fin lucrativo en el que la adversa posición en el contorno laboral que ocupa la mujer en numerosos países podría incentivar la realización de estas técnicas.

Otra de las consecuencias de las diferentes modalidades de la gestación subrogada, es la posibilidad de que pueda darse “una diversificación de funciones maternas” como señala Vela Sánchez en su obra *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*<sup>39</sup>, esto es, que la maternidad genética se corresponda con aquella mujer que haya aportado su óvulo, la maternidad de gestación se atribuya por el mero hecho de llevar a cabo la gestación durante el tiempo preciso y la maternidad legal o jurídica, por asumir los derechos y deberes relativos a la maternidad. Los diferentes tipos pueden identificarse en diferentes mujeres o simplemente coincidir todos en una única mujer. Por esta razón, es posible que se pueda dar el supuesto consistente en que la mujer gestante además de llevar a cabo la gestación pueda aportar su ovulo. De igual forma, puede suceder que tres mujeres intervengan el proceso planteándose el siguiente escenario: aquella cuya pretensión es tener un hijo (comitente), por ello, es la razón por la que se inicia el proceso de la gestación por sustitución, aquella cuyo papel únicamente es la donación de un ovulo (donante) y por último, quien realiza la gestación (mujer gestante).

En efecto, vistas las numerosas posibilidades que pueden motivar la aparición de la GS, es posible que concurran circunstancias que acarreen la aparición de conflictos de intereses entre la pareja matrimonial o de hecho, o un único individuo comitente y la gestante, que debido a la regla resultante del Derecho Romano *mater semper certa est*<sup>40</sup>, ostentará la maternidad jurídica.

---

exponen J.M Martínez-Pereda Rodríguez y J.M Massigoge Benegiu “*Puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable a la mujer del mercado de trabajo puede contribuir) inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización*”.

<sup>39</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José. Op. cit, p. 18

<sup>40</sup> La máxima *mater Semper certa est*, ampara la figura del parto y la gestación como evidencia para otorgar la maternidad legal, a diferencia de la paternidad que se basa en presunciones emanadas del matrimonio. En el supuesto de la GS, existe una tendencia de pensamiento en la que se considera a la mujer gestante (sin aportar material genético) la madre jurídica, debido a la estrecha relación existente durante la gestación entre gestante y el descendiente. En cambio, otra corriente de pensamiento pone de relieve el factor volitivo, argumentando que nos encontramos ante una situación novedosa, por ello, no se debe solventar este asunto con los instrumentos jurídicos que dan solución a la maternidad natural. (VELA SANCHEZ, Antonio José, op. cit, p 31-36).

Atendiendo a estas consideraciones se puede distinguir varios modelos de paternidad o maternidad compartida<sup>41</sup>, conforme al protagonismo que tengan estos sujetos en la procreación.

(1) Maternidad o paternidad plena: vincula el aspecto genético y el proceso de gestación con la titularidad de los derechos y obligaciones relativos a la maternidad y paternidad.

(2) Maternidad o paternidad genética: aquella concerniente a los donantes de gametos tanto femeninos como masculinos, prohibida para donantes anónimos conforme al artículo 5,5º LTRHA<sup>42</sup>.

(3) Maternidad gestativa: aquel supuesto en el que la mujer sustituta se somete al proceso del embarazo, en el que no aporta material genético, no obstante, tiene a su favor la regla *mater Semper certa est*.

(4) Maternidad legal: consiste en la asunción de derechos y deberes frente al descendiente, pese a que no exista un nexo biológico.

En tercer lugar, en cuanto al origen del material genético, es muy importante determinar quiénes son los aportantes de los gametos, puesto que las consecuencias van a ser diferentes en relación con la determinación de la filiación.

Hemos de partir de la premisa de que el ordenamiento jurídico español prohíbe de forma tajante cualquier modalidad de gestación pos sustitución, es decir, declara nulo todo contrato que verse sobre esta materia fijando el parto como criterio para determinar la filiación y maternidad. Sin embargo, el artículo 10.3 LTRHA<sup>43</sup> establece una vía de escape para reconocer la filiación a los comitentes por medio de la adopción.

Por un lado, en el supuesto en el que una mujer sustituta estuviere casada, el hecho de inscribir el hijo como descendiente suyo implica que entre en juego la presunción del

---

<sup>41</sup> Ídem

<sup>42</sup> Artículo 5,5º LTRHA “*La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan*”

<sup>43</sup> Artículo 10.3 LTRHA “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”

artículo 116 del Código Civil<sup>44</sup>, a partir de ahora CC, de modo que se asignaría la paternidad a su marido. No obstante, éste podría emprender acciones con el fin de impugnar dicha paternidad fundadas en el artículo 136.1º CC<sup>45</sup> salvo cuando haya aportado su material genético (gametos masculinos).<sup>46</sup>

Por otro lado, es preciso señalar que nos planteamos un supuesto idéntico al mencionado en el párrafo anterior salvo un pequeño matiz, que origina un escenario nuevo totalmente diferente, consistente en que el padre de intención o comitente interviene en la procreación (mediante el aporte de su material genético) y en el nacimiento, que gesta y alumbró la mujer gestante. Aquí entra en juego la vía de escape mencionada anteriormente que ofrece el artículo 10.3º LTRHA, cuyo tenor literal le ampara para reclamar la paternidad judicialmente<sup>47</sup>. Ante esta realidad, si con posterioridad existe una decisión firme por parte de la gestante de renunciar a la maternidad en los treinta días siguientes al parto conforme al artículo 177.2.3º CC<sup>48</sup> la pareja del varón comitente podría acogerse a la figura de la adopción, para determinar de esta forma la filiación<sup>49</sup>, sin mediar declaración de idoneidad del artículo 176 CC. Es diferente el supuesto en el que la condición del donante sea anónima, donde me remito al artículo 5.5º LTRHA, citado anteriormente.<sup>50</sup>

Ante la situación en la que la gestante no está casada, se deriva del artículo 49 LRC y 8.2º LTRHA la existencia de una patente imposibilidad de fijar legalmente la paternidad hasta que se observe un expediente registral, un reconocimiento solemne o por ejercicio de la acción de filiación. La solución ante esta situación es el reconocimiento de la condición de padre a aquel que aportó sus gametos siempre y cuando, su identidad no sea anónima,

---

<sup>44</sup> Artículo 116 CC “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”

<sup>45</sup> Artículo 136.1º CC “*El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.*”

<sup>46</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio José. Op. cit, pp. 46-47.

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> Artículo 177.2.3º CC “*El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*”.

<sup>49</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*; Univ. de Barcelona, pp 76-78.

<sup>50</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio José, op. cit, p. 48.

calificándose la filiación como no matrimonial. El hijo envuelto en este contexto, conforme al artículo 133 CC, le corresponderá durante toda su vida la acción de reclamación de filiación no matrimonial.<sup>51</sup>

Por último, nos encontramos ante un supuesto en el que los comitentes, ya sean una pareja matrimonial o de hecho (homosexual o heterosexual) o un sujeto individual (hombre o mujer) no aportan ninguno sus respectivos gametos, sino que un donante anónimo asume dicha función independientemente de que la gestante este o no casada, por esta razón, conforme al artículo 10.3 LRTHA, a priori no existe forma de establecer la paternidad. Como posible solución, algunos autores señalan la adopción conjunta llevada a cabo por los comitentes.<sup>52</sup>

En concordancia con los anteriores supuestos mencionados, se puede inferir que en función del origen genético las partes intervinientes en la procreación y nacimiento del niño y por lo general en las múltiples circunstancias que influyen en la GS, pueden dar lugar a resultados totalmente diferentes, por ello, es necesario analizar de forma exhaustiva el transcurso del proceso de estas complejas prácticas, tanto desde el plano médico o sanitario, como desde el jurídico.

## **4. MARCO NORMATIVO RELATIVO A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA ESPAÑOL.**

### **4.1 Introducción.**

El derecho de familia en la actualidad está envuelto en una corriente de cambios continuos tanto en España como en el resto del mundo, como resultado sobre todo de una evolución social que presenta una realidad distinta a la que conocíamos hasta hace no mucho, traducida en un cambio de comportamientos relativos a las relaciones personales y familiares. Por ello, la disciplina del Derecho no puede mantenerse al margen de estas conductas y deberá aportar soluciones. Así, como señala García Aburuza, determinados países están llevando a cabo una serie de actuaciones para ajustar el ordenamiento jurídico,

---

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> LAMM, Eleonora. Op. cit, p.49.

a los nuevos modelos familiares existentes como puedan ser: las familias monoparentales, las recompuestas, las basadas en parejas no casadas homosexuales e incluso algunas relaciones de convivencia carentes de  *affectio maritalis*  natural de las relaciones matrimoniales o en pareja.<sup>53</sup>

Por tanto ante este contexto de cambio, en términos generales España planteó las siguientes soluciones, en las que incidiré de forma específica más adelante.

La aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (modificada por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre), implicó que España se situase entre los primeros países que diese una respuesta legislativa a la necesidad existente de regular dichas técnicas, que desde la década de los años 70, venían produciéndose con la finalidad de superar problemas de infertilidad<sup>54</sup>. Sin embargo, como es lógico, los avances científicos y tecnológicos de las técnicas de reproducción asistida, tuvo como resultado que estas leyes quedarán desfasadas, dando lugar a la nueva Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que analizándola se observa que ostenta lo que podríamos denominar una vía de escape, con el propósito de que con el transcurso del tiempo no le ocurra lo que a las anteriores leyes, es decir, quedar obsoleta, consistente en habilitar a la Administración sanitaria competente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada de determinadas técnicas, que una vez sean efectivas y constatadas permita al Gobierno, mediante Real Decreto actualizar las listas de técnicas legalmente autorizadas.

Estas ínfimas posibilidades de realizar tales técnicas de reproducción asistidas, entran en conflicto con la prohibición categórica establecida en el artículo 10 de Ley 14/2006. Sin embargo, no hay que olvidar la realidad fáctica existente en otros países respecto a la gestación por sustitución, que es una práctica admitida y legalmente regulada. Este tipo de circunstancia obligó a España a formular una serie de directrices con el fin de dar solución a los supuestos en los que ciudadanos españoles reclamaban de distintos Registros Consulares la inscripción de nacimiento de menores nacidos, en aquellos otros países, de

---

<sup>53</sup> García Aburuza, M<sup>a</sup> Paz. Op. cit, pp 1-2.

<sup>54</sup> Desde la perspectiva de la Ley 35/1888, sobre técnicas de Reproducción Asistida, la condición de infertilidad de la mujer o la existencia de una enfermedad hereditaria era fundamental, puesto que era el presupuesto que legitimaba acceder a todo proceso de reproducción. Por ello se entiende, que el objetivo de dicha Ley era proporcionar una respuesta médica a las mismas en aras de favorecer la procreación cuando por otras medidas terapéuticas no haya sido posible encontrar una solución, conforme al artículo 1.2 LTRHA.

madres gestantes que, mediando un contrato de gestación subrogada, renunciaban a la filiación materna.

Estas directrices, vienen recogidas en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de la cual, se puede extraer una serie de vías alternativas a la prohibición expresa existente en el artículo 10 de la Ley 16/2006

Pese al marco legal existente, cabe afirmar que muchos españoles han recurrido a esta práctica, trasladándose a Estados extranjeros donde la legislación de los mismos permite la consecución de las mismas. Los efectos que produce esta situación son los problemas que genera en el ámbito de la inscripción de la filiación de los menores.

## 4.2 Derecho Internacional.

### 4.2.1 *Convención sobre los Derechos del niño, 26 enero de 1990.*<sup>55</sup>

Siguiendo la línea de exposición de García Ruiz<sup>56</sup> señalar como premisa principal que condiciona el marco normativo español en esta materia, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas estableciendo una regulación internacional, que en virtud del artículo 10 CE, debemos atender a la misma. Por tanto, el criterio en el que deben basarse todos los Tribunales, autoridades administrativas y el legislador son el interés del menor<sup>57</sup> por encima de cualquier otro.

---

<sup>55</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990, referencia BOE-A-1990-31312.

<sup>56</sup> García Ruiz, María Pilar, “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”; Véase en: <https://elderecho.com/gestacion-subrogada-estado-legal-y-jurisprudencia-de-la-cuestion>

<sup>57</sup> Artículo 10 LTRHA: “*Gestación por sustitución.*

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*” Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La Convención incide claramente en la materia que se analiza en este trabajo, debido a que el menor es uno de los sujetos que interviene aunque sea de forma pasiva en la GS. Sin embargo, de este fenómeno se derivan otros problemas como son el tráfico de niños, la explotación de las mujeres en los que debe observarse de igual forma el interés superior, al adoptar medidas de prevención y persecución del mismo.

Continuando con la Convención, establece de igual forma las pautas para cumplir las obligaciones, ya que conforme al artículo 7.1 “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”<sup>58</sup>. Por otro lado, en el mismo artículo, párrafo segundo encomienda a los Estados a velar «por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional». La consecuencia de lo anterior es que, si la filiación en España se determina, como veremos a continuación, por el parto, es obligación de los poderes públicos evitar que el menor recién nacido sea separado de su madre biológica, velando por que sea ésta la que cuide del niño/a.

Otra norma que es susceptible de aplicación a la maternidad subrogada es la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada en 1979, en su artículo 6, compele a los Estados Partes a adoptar medidas, incluso legislativas, para evitar la trata de las mujeres.

Desde mi punto de vista, aquel legislador cuya pretensión sea la de promulgar una futura regulación de la GS que tenga como objetivo ampararla legalmente, debe tener como punto de partida el respeto absoluto de los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes y, en especial, los de la mujer gestante y el menor.

---

<sup>58</sup> Artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños “*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir la nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”

#### 4.2.2 Conferencia de derecho internacional privado de la Haya de marzo de 2012.<sup>59</sup>

Una de las iniciativas presentadas en esta Conferencia fue proponer la creación de un Convenio internacional que permita la cooperación entre los diversos Estados, estableciendo un principio de reconocimiento de todas aquellas consecuencias que puedan derivar de la GS, relativas al estatuto del menor<sup>60</sup>, determinadas por una autoridad competente localizada en un Estado donde es legal la gestación por sustitución, en otro Estado que por el contrario prohíbe de forma plena estas prácticas. Para ello, es necesario atender a la doctrina del orden público atenuado para aquellas realidades amparadas legalmente en el extranjero, en aras de la seguridad jurídica.<sup>61</sup>

La creación de este instrumento internacional puede ser observada desde una perspectiva favorable o no. La existencia de relaciones entre los diversos Estados estableciendo las directrices y requisitos a los que se debe someter la gestación subrogada, permite otorgar una gran seguridad jurídica en cuanto al reconocimiento de las decisiones extranjeras debido que se presume que éstas han cumplido todos los requisitos y han respetado todo los derechos de los sujetos intervinientes, ya que de no hacerlo estarían violando la cooperación que exigiría dicho Convenio; este es uno de los aspectos favorables. Desde una perspectiva negativa, mediante esta propuesta de Convenio, puede implicar reconocer de facto un supuesto de hecho que de iure no está admitido.

Con base a lo expuesto anteriormente, es evidente que tanto el fundamento como la finalidad del Convenio, es involucrarse como garante del interés superior del menor, de todos aquellos derechos de los amparados por el Convenio de Naciones Unidas, de todos los derechos inherentes a las personas que participan en la GS (comitentes, donantes,

---

<sup>59</sup> Enmiendas al Estatuto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, hecho en La Haya el 31 de octubre de 1951, adoptadas por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en su vigésima reunión celebrada en la Haya el 30 de junio de 2005 y Texto Consolidado de dicho Estatuto. BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2012, referencia BOE-A-2012-4370.

<sup>60</sup> Las materias que incluye el estatuto del menor son las siguientes: filiación, derecho de entrada y residencia, nacionalidad, responsabilidad parental y derechos sucesorios como expone Carmen Vaquero López. (Vaquero López, Carmen, 2015, “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015” Revista Aranzadi doctrinal 4, pp. 6.)

<sup>61</sup> García Aburuza, M<sup>a</sup> paz. Op. cit, p. 2.

gestante), así como evitar todo acto de comercio que tenga como objeto las técnicas de reproducción asistida y por último, llevar un control de los convenios de GS.<sup>62</sup>

### 4.3 Derecho interno.

#### 4.3.1 La ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.<sup>63</sup>

De la Exposición de motivos de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, se puede inferir que el objetivo principal de la misma es examinar y atender todos los avances científicos en materia de reproducción asistida que se originaron a partir de la década de los 70<sup>64</sup>, fundamento similar por el que se había promulgado la Ley anterior de 1988. Sin embargo, la Ley de 2006 no limita estas técnicas de reproducción asistida únicamente a fines de investigación y diagnósticos, sino que las contempla también para dar soluciones a los incontables problemas de esterilidad existentes.<sup>65</sup>

No obstante, no plantea la GS como una alternativa viable para dar solución a esta patología, por la que se ven afectadas muchas parejas; al contrario,, declara nulo de pleno derecho cualquier contrato que verse sobre estos términos, tanto de forma lucrativa como altruista, respecto a una mujer denominada gestante o sustituta, que renuncia a cualquier derecho o deber relativo a la maternidad; de igual forma determina la filiación atendiendo a la máxima romana *mater sempre certa est*, señalando la posible opción de reclamación de paternidad que otorga el artículo 10.3º LTRHA.

Nos encontramos por tanto, ante una patente prohibición de esta práctica en España, lo que implica la ineficacia civil<sup>66</sup> de estos contratos.

---

<sup>62</sup> Vaquero López, Carmen. Op. cit, p. 5.

<sup>63</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, referencia, BOE-A-2006-9292.

<sup>64</sup> Exposición de Motivos de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida.

<sup>65</sup> García Aburuza, M<sup>a</sup> Paz. Op. cit, pp 1-2.

<sup>66</sup> Raquel Regueiro Dubra, señala que “La ineficacia civil de la que sufren los contratos de maternidad subrogada ha llevado a que cada vez más ciudadanos españoles decidan acceder a estas técnicas de reproducción asistida en el extranjero, en particular Estados Unidos, Rusia, India o Ucrania. (Regueiro Dubra, Raquel. “Gestación por sustitución: de la negación de los derechos de los padres intencionales al

El fundamento de la prohibición lo encontraríamos en las normas civiles de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, es preciso señalar la ilicitud o inexistencia de la causa como desencadenante de la nulidad e ineficacia civil del contrato conforme al artículo 1275 CC.

En segundo lugar, el elemento del contrato que suscita la nulidad del mismo, es su objeto debido a que las funciones reproductivas inherentes a la mujer, como es la de gestar, son indisponibles, personalísimas, dando lugar a una *res extra commercium* conforme al artículo 1271 CC, del mismo modo que ocurriría con aquellos contratos en los que el objeto se corresponda con el cuerpo humano en sí, que conllevaría la nulidad del contrato por inexistencia de objeto conforme al artículo 1261, 2º CC;

Por último, por ir en contra de las buenas costumbres, la moral y el orden público conforme al artículo 1255CC.<sup>67</sup>

Estas argumentaciones expuestas en el párrafo anterior contrarias al convenio de GS, son compartidas por la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, añadiendo a las anteriores la dignidad de la persona, principio amparado por el artículo 10.1º de la Constitución, a partir de ahora CE. Establece de igual modo como argumento contrario a la validez de estos contratos, la condición de *ius cogens* y de orden público de las normas relativas a la filiación y el estado civil debido a los imperativos éticos y la función social que rodean esta materia, fijando la indisponibilidad de las mismas, al estar por encima de la voluntad de las partes. Este sector doctrinal contrario al convenio de GS, entiende que estas son las razones que motivaron al legislador a prohibirlo.<sup>68</sup>

Desde un plano penal, en España cabe señalar que la GS no constituye un delito recogido en el Código penal, a partir de ahora, CP. No obstante, además de las sanciones jurídico – civiles que se puedan originar, de esta práctica subyacen dos delitos, tipificados en el artículo 220<sup>69</sup> y 221<sup>70</sup> del CP.

---

reconocimiento de los derechos de los menores”. Universidad Europea de Madrid, Wolters Kluwer. septiembre de 2015).

<sup>67</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio José. Op. cit, pp. 41-42.

<sup>68</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio José. Op. cit, pp 43-44.

<sup>69</sup> 220.1º CP “*La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años*”.

Ante este marco jurídico restrictivo, los ciudadanos españoles que no pueden tener un hijo por sus propios medios, toman la decisión de viajar a otros Estados<sup>71</sup> más tolerantes donde la GS está legalmente permitida, con el único fin de lograr que se determine a su favor una relación de filiación por las autoridades extranjeras competentes, que pueda ser reconocida en el Estado de residencia habitual de los comitentes.<sup>72</sup>

La realización de estas prácticas en España desde la perspectiva penal, pese a que no están tipificadas como delito, pueden ser calificadas como infracción muy grave, con penas de multa de entre 10.000 y 1.000.000 de euros además del posible cierre de los centros especializados en publicitar y llevar a cabo estas prácticas<sup>73</sup>. Además Eleonora Lamm hace referencia a los intermediarios señalando lo siguiente: “la ley española declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero nada dice de los intermediarios en tal acuerdo, ni sobre su responsabilidad”<sup>74</sup>

Desde mi punto de vista, no se puede calificar de forma equivalente la posición que ocupan las parejas o un único sujeto (comitentes) cuyo anhelo es ser padres, respecto a los intermediarios profesionales que sirven como nexo para poder llevar a cabo la GS, aun teniendo conocimiento de la ilicitud de las mismas, obteniendo un beneficio económico por este servicio. Por esta razón, la política legislativa debería ir encaminada a castigar la conducta de estos últimos de forma más severa, por su condición de profesionales y servirse de la posible obsesión por tener un hijo que puedan tener determinadas parejas estériles.

---

<sup>70</sup> 221.1º CP “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, serán castigados con las penas de prisión de una a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por un tiempo de cuatro a diez años”.

<sup>71</sup> Carmen Vaquero López señala que “la conducta de los comitentes solo puede ser perseguida penalmente en España si la maternidad subrogada está también tipificada como delito en el lugar en el que la misma se lleve a cabo” (Vaquero López, Carmen. *Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género*. Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2018, Vol. 10, Nº1, pp. 457).

<sup>72</sup> HEREDIA CERVANTES, Iván. *La dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*. ADC, tomo LXVI, 2013, FASC. II, pp. 690.

<sup>73</sup> Farnós Amorós, Esther. “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”. *International Family Law*, marzo de 2013, pp. 68-72.

<sup>74</sup> LAMM, Eleonora. *Op. cit.*, pp. 72-73.

#### 4.3.2 *La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.*

La necesidad de actuar de la DGRN<sup>75</sup> ante aquellos comportamientos que realizan ciudadanos españoles consistentes en acceder a la GS en Estados en los que está regulada y amparada por ley obteniendo un reconocimiento de la relación de filiación por parte de las autoridades locales extranjeras y con posterioridad pretender inscribir la misma en el Registro Civil español mediante la aportación de un título acreditativo, dio lugar a una serie de actuaciones destinadas a dar solución legislativa a esta realidad.

La primera actuación de la DGRN fue la Resolución de 18 de febrero de 2009, pretendiendo dar respuesta a un recurso que tenía como fundamento la denegación de la inscripción de los certificados de nacimiento emanados por una autoridad extranjera competente, en los que se establecía la paternidad a favor de una pareja compuesta por dos varones (recurrentes) de dos niños mellizos, nacidos mediante gestación por sustitución en California. Es preciso destacar, que éstos eran de nacionalidad española y uno de ellos aportó su material genético.

El encargado del Registro, evidentemente adujo el tenor literal del artículo 10.1º LTRHA, para negar dicha inscripción. Por el contrario, la DGRN procedió a la inscripción estimando el recurso, en el que el argumento principal del Centro Directivo consiste en establecer que no hay un problema de Derecho aplicable respecto la filiación, cuando se pretende inscribir un título extranjero que acredita una relación de filiación derivada de GS, sino un problema de validez extraterritorial de decisiones, considerando pues que la condición de los certificados era óptima para admitir la inscripción.<sup>76</sup>

La mencionada resolución se apoya en el principio de interés del menor, por el que, aun teniendo conocimiento de la ilicitud de la GS en España, sería recomendable llevar a cabo la inscripción de la filiación derivada de una decisión extranjera. El objeto de este de

---

<sup>75</sup>Las siglas DGRN se identifican con *“La Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano dependiente del Ministerio de Justicia e insertado en su estructura orgánica al que “competen, como Centro superior directivo y consultivo, todos los asuntos referentes al Notariado”* (artículo 309 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944; Véase en; [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sLAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjE3NDtbLUouLM\\_DxbImMDCwNzAvuQQGZapUt-ckblQaptWm\]OcSoAab03ZDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sLAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjE3NDtbLUouLM_DxbImMDCwNzAvuQQGZapUt-ckblQaptWm]OcSoAab03ZDUAAAA=WKE)

<sup>76</sup> HERRADIA CERVANTES, Iván. Op. cit, 701-704.

razonamiento, es evitar o solventar la posible incertidumbre que se puede dar respecto de los nacidos por GS, en cuanto a la determinación de su nacionalidad.<sup>77</sup>

La segunda actuación de la DGRN, tuvo lugar como consecuencia de la postura contraria que tomó la SJPI de Valencia núm. 15 de septiembre de 2010 respecto la resolución de 18 de febrero de 2009, resultando anulada. La línea argumental del juzgado de primera instancia mencionado, considera que no es suficiente<sup>78</sup> recurrir únicamente al contenido del artículo 81<sup>79</sup> y 85<sup>80</sup> del Reglamento del Registro Civil, a partir de ahora RRC, para solventar este tipo de situaciones, sino que se debe prestar atención al artículo 23, 1<sup>o</sup><sup>81</sup> y 23, 2<sup>o</sup><sup>82</sup> de la Ley de Registro Civil<sup>83</sup>, al ostentar un rango superior jerárquico desde una perspectiva normativa, exponiendo que para inscribir un certificado extranjero, es necesario realizar una comprobación previa por el encargado del registro respecto a “que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española” conforme al último artículo citado de la Ley de Registro Civil, a partir de ahora LRC.<sup>84</sup>

---

<sup>77</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José. Op. cit, pp. 60-61.

<sup>78</sup> Iván Heredia Cervantes, señala que “*lo que establece en realidad el juego combinado de los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC, es que las certificaciones registrales extranjeras son un título válido para acceder al Registro civil español, no que todas las certificaciones registrales extranjeras deban acceder al Registro Civil español.*” (HERRADIA CERVANTES, Iván. Op. cit, p. 703.)

<sup>79</sup> **Artículo 81 RCC** “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.*”

**<sup>80</sup> Artículo 85 RCC**

“*Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.*

*Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.*

*La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.”*

<sup>81</sup> **Artículo 23, 1º LRC** “*Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.*”

<sup>82</sup> **Artículo 23, 2º LRC** “*También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.*”

<sup>83</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011. BOE-A-2011-12628.

<sup>84</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José. Op. cit, p. 48.

En definitiva, el encargado del registro civil debe ceñirse a la legislación española en virtud del artículo 23 LRC, aplicando por ende el artículo 10 LRTHA que prohíbe rotundamente cualquier práctica relativa a la GS, determinando la filiación por la máxima mater Semper certa est. Esta solución adoptada por el JPI de Valencia, tiene por finalidad impedir cualquier acceso al registro de certificados extranjeros que pudieran vulnerar la legislación española, como es la GS. Además en la sentencia mencionada, dejando a un lado una argumentación plenamente jurídica, expone que *“el fin no justifica los medios”*<sup>85</sup>, considerando que el ordenamiento jurídico español ostenta los suficientes instrumentos jurídicos para dar solución efectiva a la realidad de la maternidad subrogada respecto de la determinación de los vínculos familiares que pudieren surgir de ella.

Es preciso señalar que la casuística expuesta en los párrafos anteriores constituyeron los primeros pasos hacia la Instrucción de 5 de octubre de 2010, dado que la DGRN mediante la misma modificó su parecer respecto al criterio que sostenía en la Resolución de 18 de febrero de 2009, en cuanto al régimen registral de la filiación derivada de la GS. Por esta razón, es necesario analizar la posición que adopta la DGRN, con la citada Instrucción.

En primer lugar, su alcance de aplicación se ve reducido únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda llevar a cabo la inscripción en España de una relación de filiación, que trae causa de la formalización de un contrato de gestación por sustitución y previamente sea determinada por una autoridad local extranjera.

En segundo lugar, los objetivos fundamentales que trata de buscar son dos:

El primero es la existencia de un marco jurídico que ampare de forma plena el interés superior del menor, es decir, otorgar seguridad jurídica a esta novedosa realidad (GS) ante la que nos encontramos. Para materializar este objetivo la Instrucción establece una serie de requisitos necesarios para homologar estas prácticas de reproducción asistida como son los siguientes:

1. La necesaria condición de nacional español de uno de los comitentes, como premisa fundamental para que el acceso al Registro Civil español de la relación de filiación sea válida.
2. La existencia de un control con el fin de evitar que el tráfico internacional de menores se le pueda dar cobertura legal a través de la inscripción en el Registro.

---

<sup>85</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. (Sentencia Civil N° 826/2011, AP Valencia, Sec. 10, Rec 949/2011)

3. Garantizar el derecho del menor a tener conocimiento de su origen biológico, amparado por el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El segundo objetivo es la protección de las mujeres que desempeña el servicio de gestar, extinguiéndose todos los derechos que le perteneciere como madre.<sup>86</sup>

Es necesario continuar exponiendo uno de los aspectos diferenciadores que se establecen en la Instrucción respecto la Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>87</sup>, consistente en la presentación de una resolución judicial emanada por Tribunal competente que acredite la relación de filiación existente en virtud de la gestación subrogada ante el Encargado del Registro Civil, como requisito fundamental para acceder al Registro. Por ello, se imposibilita dicho acceso mediante una certificación registral pese a que realmente constituya un título acreditativo de una resolución judicial y tampoco mediante una declaración médica.<sup>88</sup>

En definitiva, lo que se pretende evitar es que las certificaciones registrales extranjeras adquieran la condición de título suficiente para acceder al Registro, debido a que la realidad expuesta en ella en determinados países al no existir resolución previa como requisito imprescindible para someterse a la gestación subrogada, que ni siquiera exponen que el nacimiento deriva de estas prácticas, puede verse comprometida. Esta última circunstancia citada, provoca una lesión del derecho de los hijos a conocer el origen biológico, amparado por el artículo 39.2 CE<sup>89</sup> y naturalmente no es posible acreditar que se hayan respetado los derechos de la mujer gestante.

Ante esta tendencia observada por la Instrucción, considero que es una postura viable para regular de forma legal la gestación por sustitución en aras de los derechos de la mujer gestante y los niños. Siempre va existir una mayor seguridad jurídica cuando el contrato de

---

<sup>86</sup> HEREDIA CERVANTES, Iván. Op. cit, 702.

<sup>87</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009, jurisdicción civil.

<sup>88</sup> HEREDIA CERVANTES, Iván. Op. cit, p. 703.

<sup>89</sup> Artículo 39.2 CE *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”*

GS, es sometido a análisis<sup>90</sup> por un Tribunal dictando una sentencia favorable o no del mismo, que cuando exista únicamente una certificación registral como título inscribible. No quiero con ello afirmar que las certificaciones registrales extranjeras no cumplan en la mayoría de los supuestos los requisitos y no permitan suscitar ninguna duda respecto a la realidad de los datos. No obstante, en concordancia con lo que señala, Heredia Cervantes<sup>91</sup> “no creo que ello sirviera para deslegitimar la solución seguida por la DGRN, en especial si se tiene en cuenta la peculiar naturaleza jurídica de la Instrucción interna”.

El principal efecto de la instrucción es la cobertura administrativa que otorga al convenio de gestación subrogada, estableciendo un cauce para inscribir la relación de filiación derivada de dicho convenio, a sabiendas de la nulidad en España de estos contratos en virtud del artículo 10 LRTHA. Ante esta alternativa que ofrece la Instrucción, surge un gran abanico de críticas hacia la misma. Primero, la inmensa mayoría de la doctrina por su condición antagónica<sup>92</sup> respecto a la legislación vigente que prohíbe estas prácticas; en segundo lugar, otra razón que suscita un pensamiento crítico entre los juristas, es la fractura que provoca al sistema jerárquico de fuentes, la condición reglamentaria de la Instrucción entrando en conflicto con una norma de rango superior como es la LRTHA, al contrariarla;<sup>93</sup> Por último, otro sector doctrinal considera que nos encontramos ante una figura que permite que pueda darse fraude de Ley.

Es evidente que existe una visión negativa desde una perspectiva jurídica de la Instrucción, no obstante, desde una óptica de política legislativa se pueden extraer unos pilares y unos principios en los que puede fundamentarse futuras normas. Por esta razón, pienso que es

---

<sup>90</sup> Lo que debe de analizar el Tribunal competente, es la existencia de un respeto de los derechos de la mujer gestante, con la finalidad de salvaguardar que en el consentimiento prestado por la gestante no haya mediado violencia o presiones externas, garantizar que existe un conocimiento efectivo sobre esta materia, en definitiva, solventar todas las dudas que pudieren surgir durante desarrollo del contrato de GS hasta el fin del mismo.

<sup>91</sup> HEREDIA CERVANTES, Iván. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*. ADC, tomo LXVI, 2013. Pp. 704.

<sup>92</sup> Opinión compartida por Carlos Lasarte Álvarez que señala que “*La Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica, y axiológicamente hablando, pues en realidad, pretende que cuando la Ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ocurrencias ministeriales de urgencia*” citado por VELA SANCHEZ, Antonio José. Op. cit, p. 56.

<sup>93</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, 2012. Pp. 57 y 64.

necesario extraer de las directrices establecidas en la Instrucción aquellos aspectos que puedan ser útiles para determinar el convenio de gestación por sustitución.

Siguiendo la estructura expuesta por Vela Sánchez del convenio de GS, en relación con contenido de la Instrucción, se puede deducir los siguientes aspectos:

- Capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes. Este primer apartado pone de manifiesto una de las premisas fundamentales para que pueda perfeccionar de forma válida el Contrato de gestación por sustitución. Tanto el consentimiento como la capacidad de obrar, son variables que pueden verse comprometidas de formas muy dispares debido a su carácter subjetivo. Por ello, según se deduce del apartado 3, d)<sup>94</sup> de la primera Directriz de la Instrucción, que debe existir una verificación efectiva de las mismas.
- La irrevocabilidad del consentimiento prestado. Es necesario traer a colación el aspecto de la irrevocabilidad del consentimiento; en cuanto a una futura regulación del convenio de gestación subrogada. La eficacia *ab initio*<sup>95</sup> debe ser un aspecto indispensable en una futura posible regulación, ya que garantiza su cumplimiento imposibilitando la existencia de incertidumbre que pudiere ocasionar cualquier circunstancia durante el proceso de gestación y el propio parto. Se puede deducir del apartado 3, e) de la primera directriz de la Instrucción.<sup>96</sup>
- La posibilidad de que el hijo conozca sus orígenes biológicos. Es una de las exigencias cardinales a las que debe someterse el convenio de gestación por sustitución, ya que el derecho a que el hijo conozca su origen biológico es un derecho reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su artículo 7 y amparado por la Constitución española conforme al artículo 39.2. La Instrucción no se queda al margen y establece en su segunda disposición lo siguiente: “en ningún caso se admitirá como título apto para

---

<sup>94</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, Primera Directriz: “d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*” Instrucción de 5 de octubre de 2010.

<sup>95</sup> Conforme a la RAE: “Locución latina que significa desde el inicio. No significa ni al principio ni a priori.”

<sup>96</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, Primera Directriz “e) *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.*”

la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

No obstante, pese a que todos los Estados han suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la interpretación llevada a cabo del artículo 7 no ha sido homogénea. Esta situación se traduce en que determinados Estados consideran compatible la donación anónima de gametos con el derecho a conocer lo orígenes biológicos, entre los que se encuentra España. En cambio, otros prohíben plenamente este tipo de donaciones por considerarlas contrapuestas a dicho derecho, como sucede en países como Reino Unido o Alemania. Se puede observar una regulación intermedia entre las dos soluciones planteadas anteriormente, consistente en fijar como requisito necesario para acceder a este derecho alcanzar la mayoría de edad, cuyo mayor exponente es Finlandia.<sup>97</sup>

Situando el foco del análisis en España, es necesario destacar que el Tribunal constitucional, a partir de ahora TC, ante un recurso de inconstitucionalidad<sup>98</sup> planteado contra la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>99</sup>. Los recurrentes estiman que mediante la garantía del secreto de la identidad del donante la Ley oculta deliberadamente al padre biológico, incumpliendo de este modo el mandato contenido en el citado art. 39.2 C.E, ante este argumento el Alto Tribunal establece que “no existe un derecho incondicionado de los ciudadanos a que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de

---

<sup>97</sup> Igareda González, Noelia, “El derecho a conocer los orígenes biológicos vs el anonimato en la donación de gametos”; *Pp. 1; Véase en: [www.colectivoderechofamilia.com](http://www.colectivoderechofamilia.com)*

<sup>98</sup> Sentencia 116/1999, de 17 de junio del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico primero. BOE núm. 162, de 08 de junio de 1999.

Los actores del citado recurso de inconstitucionalidad fueron sesenta y tres diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso, dirigida ante la ley 35/1988, impugnada en su totalidad y subsidiariamente en relación con el apartado II de su Exposición de Motivos y los siguientes preceptos: art. 1, apartados 1 y 4; 2, apartado 4; 4; 5, apartados 1 y 5; 6, apartados 1 y 2; 11, apartados 3 y 4; 15; 16, apartados 1 y 2; 17; 20, apartado 2; y la Disposición final primera, apartados a) y e).

<sup>99</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988. Referencia, BOE-A-1988-27108.

la identidad de su progenitor” y por ende solo podría reprocharse inconstitucionalidad a la ley objeto de impugnación, por vulnerar el artículo 39.2 CE, “en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad”<sup>100</sup>

Dentro de este orden de ideas, el TC rechaza que el artículo 5 apartado 5º de la ley impugnada, la aducida inconstitucionalidad por la parte recurrente, señalando que “el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, "en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto". Por esta razón, no se puede inferir que la referida regulación legal, origine consecuencias negativas de tal entidad que permita aceptar que existe una desprotección de éstos.<sup>101</sup>

Sin embargo, esta postura entra en contraste con el tratamiento que recibe el derecho a tener conocimiento de los orígenes biológicos en la adopción, figura que guarda una especial similitud en algunos aspectos con la GS. En España, aquellas personas que hayan sido adoptadas y ostenten la mayoría de edad, pueden acceder a conocer sus orígenes biológicos. Conforme a los artículos 47 y 48 de la Ley del Registro Civil, la inscripción de la adopción se lleva a cabo de forma independiente y separada de la del nacimiento, en la que se recopilan todos los datos relativos a sus vínculos biológicos.<sup>102</sup>

¿Sería necesaria que la fecundación de la mujer gestante tuviera lugar con la aportación del material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes?<sup>103</sup> Atendiendo a la legislación vigente, establece como premisa fundamental que uno de los progenitores ostente la condición de nacional español para que la filiación derivada de un proceso de

---

<sup>100</sup> Sentencia 116/1999, de 17 de junio del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico décimo quinto. BOE núm. 162, de 08 de junio de 1999.

<sup>101</sup> Ídem.

<sup>102</sup> Igareda González, Noelia. Op. cit, p. 2.

<sup>103</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio José. Op. cit, pp. 57-59.

gestación por sustitución pueda acceder al Registro Civil español. La vía jurídica que permite esta posibilidad es la que concede el artículo 10.3º LTRHA que ya narré en apartados anteriores del trabajo. No obstante, la Instrucción establece mediante el apartado primero de la primera Directriz<sup>104</sup> un cambio sustancial, al indicar como único requisito para acceder al citado Registro la existencia de una resolución judicial emanada por una autoridad local extranjera competente, que determine en favor de los comitentes la relación de filiación, independientemente de que el material genético haya sido aportado por terceras personas ajenos a ellos.

#### **4.4 Casuística posterior a la instrucción de 5 de octubre de 2010.**

##### *4.4.1 La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.<sup>105</sup>*

El hecho que originó la decisión judicial que titula este apartado es la postura adoptada por el Ministerio Fiscal en contra de la Resolución adoptada por la DGRN de 18 de febrero de 2009, en la que se permitía la inscripción de dos niños nacidos mediante GS en California. La impugnación incoada por el Ministerio Fiscal fue apreciada tanto en instancia como en apelación, dejando sin efecto la citada inscripción. Ante esta situación, el matrimonio compuesto por dos varones de nacionalidad española que solicitaron los servicios de la GS recurrió mediante un recurso de casación esta decisión, que implicó que se dictase la sentencia expuesta en este epígrafe.

El contenido de esta sentencia no establece cambios sustanciales respecto las resoluciones judiciales anteriores, ya que simplemente confirma los dictámenes emanados por las anteriores.

Uno de los principales argumentos que expone el Tribunal es el respeto del orden público español, conceptuando aquel como todos aquellos derechos y libertades individuales garantizados en la CE y en los convenios ratificados por España, actuando como frontera

---

<sup>104</sup> Primera Directriz de la Instrucción, apartado primero: *“La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.”*

<sup>105</sup> Sentencia 247/2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, Sección 991, Nº de recurso 245/2012, Nº de resolución 835/2013.

infranqueable respecto al reconocimiento de resoluciones de autoridades extranjeras. Por esta razón, por el hecho de que los nacionales y residentes españoles se trasladasen a California con el único objetivo de solicitar la gestación subrogada, tratando de sortear el ordenamiento jurídico español que prohíbe radicalmente estas prácticas, tratando posteriormente inscribir a los niños en el Registro Civil consular, el Tribunal considera que existe una vulneración del orden público español.<sup>106</sup>

Desde una perspectiva formal, el Tribunal considera por un lado, que los actores del recurso de casación en ningún momento han acreditado que hayan aportado su material genético, y como consecuencia de ello, no se puede establecer quién es el padre biológico. En caso de probar la existencia certera de un padre biológico, el artículo 10.3 LRTHA aporta una solución, consistente en la reclamación de la paternidad por parte del mismo, evitando que los niños puedan quedar desamparados.

#### 4.4.2 *Sentencia del tribunal europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014.*<sup>107</sup>

Existen unos hechos que guardan especial similitud con el caso resuelto por la Sentencia anteriormente citada, debido a que los actores son también un matrimonio (en este supuesto son de diferente sexo), sin embargo, son nacionales de Francia que acuden a California con la única finalidad de llevar a cabo la gestación por sustitución. El hecho que suscita que se inicien las correspondientes actuaciones ante este órgano judicial, es la desestimación de la inscripción de los gemelos nacidos mediante estas prácticas por el consulado francés y el amparo de esta decisión por parte del Tribunal Supremo francés, señalando que las actas de nacimiento emanadas de resoluciones extranjeras en las que se establece la relación de filiación en favor del matrimonio recurrente, son contrapuestas con los con los principios básicos del ordenamiento jurídico francés, concretamente respecto la inalienabilidad de estado civil, siendo la gestación subrogada prohibida radicalmente en Francia comprometiendo el orden público francés.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> García Aburuza, M<sup>a</sup> Paz. Op. cit, pp. 3-4.

<sup>107</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014, en los asuntos 651192/11 (Menneson c/ Francia) y 65941/11 (Labasse c/ Francia).

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 5.

No obstante, existe una diferencia entre España y Francia de gran relevancia, consistente en que éste último prohíbe que pueda surgir cualquier nexo legal (filiación) entre los comitentes y los niños nacidos mediante estas prácticas, incluyendo aquel supuesto en el que los comitentes aporten sus gametos o solo uno de ellos. Este último matiz expuesto referente al origen genético pone de manifiesto la diferente regulación existente, ya que en España existe una vía recogida en el artículo 10.3 LTRHA, por la que se permite la reclamación de paternidad evitando de esta forma la desprotección del menor e incluso se permite la adopción conjunta si los comitentes y los nacidos por estas prácticas constituyen una unidad familiar *de facto*. Poniendo el foco del análisis en la solución adoptada por Francia, el TEDH considera que es desproporcionada debido a que el perjuicio que provoca a los menores inmersos en esta situación implica un desequilibrio entre los objetivos buscados por el legislador mediante la prohibición de la GS y el interés superior del menor. Por ello, establece que las autoridades francesas violan el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los nacidos mediante estas prácticas amparado por el artículo 8<sup>109</sup> del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a partir de ahora CEDH y considera conveniente que pueda llevarse a cabo las inscripciones de filiación en Francia pese a la ilicitud de la GS.<sup>110</sup>

#### 4.4.3 *El auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.*<sup>111</sup>

El auto que se analiza en este apartado resuelve un incidente de nulidad de actuaciones planteado contra una sentencia anterior citada anteriormente (STC 6 de febrero de 2014), por dos varones españoles que ostentan la condición de comitentes de dos gemelos nacidos por GS en California.

La principal razón por la que se inicia este procedimiento es la novedosa jurisprudencia del TEDH respecto la denegación de certificaciones extranjeras de carácter constitutivo por las autoridades nacionales en materia de determinación de la filiación, estableciendo que el reconocimiento de eficacia de dichas decisiones corresponde al mismo. El comentario

---

<sup>109</sup> Artículo 8.1 CEDH “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”

<sup>110</sup> García Aburuza, M<sup>a</sup> Paz. Op. cit, p. 6.

<sup>111</sup> Auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015, Sala de lo Contencioso, Madrid, Sección 1.

realizado por Vaquero López de la presente resolución destaca dos casos “asunto Menneson c. Francia” y “Labasse c. Francia”; ambos pronunciamientos han resultado trascendentales para el TS, que permite a las partes volver a plantear cuestiones de alcance constitucional sobre las que ya se había pronunciado con el fin de determinar si se ha producido una vulneración de sus derechos fundamentales conforme a la nueva jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”<sup>112</sup>.

Se observa una clara similitud entre los citados casos franceses y el español, si bien, existe una diferencia notable por un lado, entre la respuesta que da la legislación española ante estos supuestos de hecho y, por otro lado, la que da la legislación francesa como se explica en el apartado anterior.

Finalmente el TS confirma su anterior jurisprudencia en materia de gestación por sustitución y además, alude que no da lugar a comparación los supuestos franceses con los españoles por las razones expuestas en el párrafo anterior y concluye afirmando la compatibilidad del ordenamiento jurídico español con el artículo 8 TEDH.

#### **4.5 Reformas e iniciativas de regulación de la maternidad subrogada.**

En la actualidad todavía existe una gran oscuridad respecto a todo lo referente con el fenómeno de la gestación subrogada, en especial hacer referencia a la escasa transparencia existente en las oficinas consulares y la Dirección General de Registros y Notariado, en cuanto a la emisión de datos acerca de la cifra de españoles que han recurrido a este tipo de técnicas de reproducción asistida.

Según establece Álvarez Hernández “el Gobierno tiene conocimiento entre 2010 y 2016 de 976 inscripciones de hijos por gestación subrogada. La cifra dista sensiblemente de las estimaciones de asociaciones de familias y las agencias partidarios de esta práctica, que calculan que cada año nacen entre 800 y 1.000 hijos de padres españoles con este método”<sup>113</sup> además de destacar las dificultades que observó la diputada socialista Ángeles Álvarez para obtener información de este tipo, la cual, sostenía “Estoy sorprendida de la

---

<sup>112</sup> Vaquero López, Carmen. Op. cit, p. 4.

<sup>113</sup> Álvarez Hernández, Pilar, “El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada”; Véase en: [https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\\_776827.html](https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html)

resistencia que he encontrado cuando lo que pido es transparencia. Me han llegado a responder que solicitar esos números atenta contra la Ley de Protección de Datos”<sup>114</sup>

Ante este contexto, se puede entender que la gran mayoría de iniciativas tendentes a reformar el ordenamiento jurídico español con el fin de regularizar la GS no tengan éxito y, por tanto, carezcan de efectos.

Primero, como consecuencia de las sentencias dictadas por el TEDH en relación con Francia, las autoridades españolas se plantearon reformar la Ley de Registro Civil de 21 de julio.

Los cambios giraban en torno a la necesidad de instar un exequátur con el fin de admitir la inscripción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero siempre y cuando se den dos requisitos. Por un lado, que se determine la filiación en favor de la madre gestante y, por otro lado, la obtención por parte de los padres comitentes de una resolución judicial. No se puede desconocer aquellos supuestos en los que estos últimos posean únicamente una certificación registral, debiéndose aplicar un doble control de orden público y otro de legalidad. Este modelo regulatorio no abarcaba todos los problemas inherentes a estas prácticas dando como resultado un cambio regulatorio. El exequátur no constituye en este nuevo modelo una exigencia fundamental para reconocer una inscripción fijada en el extranjero y en este caso, la madre comitente debe figurar como madre biológica, desvinculando a la gestante de cualquier posición relacionada con cualquier tipo de maternidad. Sin embargo, tras la decisión adoptada por el TS en el auto de 2 de febrero de 2015 mencionada en apartados anteriores, motivó que esta reforma saliese hacia delante.

Segundo, el Grupo Parlamentario Ciudadanos a fecha 27 de abril de 2017 presentó una “proposición de Ley reguladora de la gestación por subrogación”<sup>115</sup> cuyo fundamento se encuentra en la versátil expresión de libertad como se expone en el apartado I de la Exposición de Motivos “Los ciudadanos del nuevo milenio han enriquecido las formas de expresión de su libertad, fruto de la diversidad de las concepciones de la vida, la ideología, los objetivos y los intereses personales. Las instituciones deben servir de cauce adecuado a

---

<sup>114</sup> Ídem.

<sup>115</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, “Proposición de ley reguladora del derecho de gestación por subrogación”; Véase en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF)

la riqueza de la libertad. Las leyes no pueden cerrar los ojos a esta reclamación”<sup>116</sup>. Esta tendencia de pensamiento concibe los avances científicos en materia reproductiva como un desarrollo de la manifestación de libertad para aquellas personas incapaces de procrear por causas naturales o médicas. Por ello, consideran que existe un derecho a la gestación por subrogación como se señala en el apartado III de la Exposición de Motivos “el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales”<sup>117</sup>

La presente proposición de Ley está compuesta por una totalidad de 27 artículos divididos en 7 capítulos. Del primer capítulo considero necesario destacar el carácter altruista de la GS recogido en el artículo 5. Esta condición pienso que no se ajusta a la realidad como se expone de forma más desarrollada en apartados posteriores además de los problemas prácticos que genera como es la difícil acreditación de la existencia o no de un pago más allá de la compensación de los gastos durante el proceso de gestación. El segundo capítulo que recoge los derechos, obligaciones y requisitos que deben respetar los sujetos intervinientes en el convenio gestacional, opino que es el más importante ya que una correcta regulación de estos aspectos puede constituir un cimiento sólido hacia un futuro texto normativo y el que mayor reto puede suponer para el legislador debido a la difícil tarea que implica conjugar los derechos y obligaciones de la gestante y los comitentes sin vulnerar ningún derecho individual de ambos. Es preciso destacar el artículo 4.2 presente en este capítulo II, el cual, establece la necesidad de “haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida”. Desde mi punto de vista, este requisito es fundamental para garantizar un uso correcto y razonable de este tipo de técnicas y así evitar que se pueda acceder a las mismas por mero capricho. Continuando con el capítulo IV, relativo al Registro Nacional de Gestación por Subrogación, es preciso subrayar como hacen Aznar domingo y Delgado Sánchez “la creación de un Registro Nacional de Gestación por subrogación, siendo necesaria la inscripción de la mujer en el mismo para que pueda ser parte de este tipo de contratos”<sup>118</sup> debido a la importancia de llevar a cabo un

---

<sup>116</sup> Ídem.

<sup>117</sup> Ídem

<sup>118</sup>Aznar Domingo, Antonio y Delgado Sánchez, Alberto, 2017, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”; Véase en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6212692>

control de todos sujetos que acceden a estas técnicas y sobre todo el número de menores que nacen como consecuencia de las mismas con el fin de lograr una transparencia sobre estos datos. Para finalizar, exponer que el contenido de los artículos 24 y siguientes atiende a las infracciones y sanciones. Únicamente decir ante esto último, que el principal problema observado hasta ahora es la falta de efectividad de los instrumentos del Estado para hacer efectivas las mismas.

## **5. POSTURA DEL COMITÉ DE BIOÉTICA RESPECTO DE LOS ASPECTOS ÉTICOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

### **5.1 Naturaleza, composición y funciones.**

En las últimas décadas es evidente que los comités de ética han logrado ocupar un lugar protagonista en ámbitos muy diversos, como puede ser en política, finanzas y sanidad cumpliendo funciones de diferente índole<sup>119</sup>, no obstante, señalar que salvo alguna excepción estos comités no les son encomendados labores de juzgar ni sancionar conductas o circunstancias determinadas. Ante esta realidad queda patente que en términos generales que la ética cumple una función importante, además de la fundamentadora.<sup>120</sup>

Antes de analizar la postura adoptada por el Comité de Bioética de España respecto los aspectos éticos de la GS, hay que señalar que éste es un “órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud” según establece el artículo 77 de la Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación biomédica<sup>121</sup>, a partir de ahora LIB.

El Comité fue fundado el 22 de Octubre de 2008 existiendo un vínculo con el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

---

<sup>119</sup> No existe una lista cerrada de funciones que deban respetar y cumplir los comités de ética, sin embargo, por regla general éstas se engloban en las siguientes: ofrecer asesoramiento y resolver dudas sobre la moralidad de alguna conducta desempeñada por un profesional, la proliferación de códigos éticos, crear una conciencia sobre la existencia de unos valores morales.

<sup>120</sup> GUARIGLIA, Osvaldo. *Cuestiones morales: Vol. 12 (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía)*. Trotta, 2007, pp 287-289.

<sup>121</sup> Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación biomédica. BOE núm. 159, de 04/07/2007, referencia BOE-A-2007-12945.

Las funciones que desempeñan vienen tasadas en el artículo 78.1 LIB, de las cuales, he decidido destacar debido a su trascendencia práctica las siguientes:

78.1 a) “Órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud.”

78.2 c) “Establecer los principios generales para la elaboración de códigos de buenas prácticas de investigación científica, que serán desarrollados por los Comités de Ética de la Investigación”.

En cuanto a la composición y designación de sus miembros, cabe señalar que “El Comité estará constituido por un número máximo de doce miembros, elegidos entre personas acreditadamente cualificadas del mundo científico, jurídico y bioético. En su composición deberá procurarse la presencia equilibrada de las distintas disciplinas implicadas en las reflexiones bioética” conforme al artículo 79.1 LIB.

Por otro lado, el órgano competente para asignarlos será el Ministerio de Sanidad y Consumo, según establece el artículo 71.2 LIB.

## **5.2 Comentario y críticas respecto la postura del Comité ante los problemas éticos que genera la maternidad subrogada.**

Como premisa fundamental antes de examinar rigurosamente los problemas éticos que genera la GS, señalar que el comité no se muestra a favor de la figura del convenio de gestación por sustitución como expresa en la Conclusión del Informe estudiado “existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada. El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de derechos de otras personas. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto no pueden aceptarse”<sup>122</sup> ni su posible regulación al considerar que “Las propuestas regulatorias que se manejan, son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor”<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, p. 86.

<sup>123</sup> Ídem.

El Informe analiza los aspectos éticos de la maternidad subrogada en su parte II<sup>124</sup>, cuyo contenido está compuesto por una serie de cuestiones o problemas que afectan a las partes más vulnerables en este tipo de negocios jurídicos como son la mujer gestante y el menor, a los que el Comité da respuesta y valora desde una perspectiva ética.

Desde la perspectiva de la mujer gestante, se pueden observar las siguientes cuestiones y problemas éticos:

Por un lado, ¿qué criterio debe prevalecer para determinar la filiación, la voluntad procreativa o la base biológica (vínculo entre gestación y maternidad)?

El Informe considera que el vínculo existente entre la gestación y la maternidad no se debe relativizar debido a la gran seguridad que otorga tanto desde el punto de vista jurídico, al estar todos los mecanismos legales orientados a dar continuidad entre la maternidad genética y fisiológica y la madre legal; como familiar al sostener que es la base fundamental de la que subyace el deseo de ser madre y todas las obligaciones y responsabilidades que conlleva.

No obstante, expone los tres argumentos a favor del criterio de la voluntad procreativa. En primer lugar, abogan por la existencia de un derecho a ser padres como justificación para acceder a la tecnología con el fin de esquivar los límites que la biología impone. Segundo, defienden que la imposición de respeto hacia los límites impuestos por la biología que sostienen los naturalistas no puede constituir “una regla moral inapelable”<sup>125</sup>. En último lugar, consideran que el elemento biológico como único criterio ordenador en sociedades plurales no es aceptable, debería ser una opción.

Sin embargo, el presente Informe no entiende que dichos argumentos sean lo suficientemente sólidos por los siguientes motivos; Primero, “está por ver, en caso de que exista, cuál debería ser el contenido del derecho al hijo: si evitar los obstáculos al libre ejercicio de la actividad sexual-reproductiva o garantizar los medios tecnológicos para que todo individuo que lo desee pueda tener un hijo”. Segundo, “quienes sostienen que siempre tiene que ser madre quien pare no necesariamente incurren en una falacia naturalista (...)

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, pp. 17 – 38.

<sup>125</sup> Comité de Bioética de España, *op. cit.*, p.22.

por entender que cualquier alternativa entrañaría riesgos desproporcionados tanto para la gestante como para el niño”.

Ante el evidente posicionamiento a favor del criterio biológico que muestra el Informe, considero que debo pronunciarme en contra de algunos argumentos expuestos en el mismo. En primer lugar, no comparto que el criterio de la voluntad procreativa del individuo implique que la procreación natural pase a un segundo plano, o como expone el Informe “deje de verse como un acontecimiento natural de máxima relevancia”<sup>126</sup> porque por un lado, considero que es una alternativa que debe ofrecerse de forma excepcional regulada de forma razonable a aquellas parejas que ostenten la condición de infértiles y, por tanto, este carácter de excepcionalidad en la aplicación de estas técnicas entiendo que no causaría el efecto que se expone en el Informe. Por otro lado, salvaguardar la tradicional figura “*mater semper certa est*” como única elección para la sociedad en el contexto actual, sostengo que no deber ser el camino a seguir por el legislador debido a que es una realidad que los avances científicos en esta materia cada vez más brindan una serie de alternativas y el Derecho debe ajustarse a los progresivos cambios que ocurren. Además me atrevería a señalar, que en materia de reproducción asistida solo se ha visto una ínfima fracción de lo que realmente puede llegar a desarrollarse esta rama de la medicina. En definitiva, una posible solución podría ser regular de forma razonable todos los aspectos relativos a la GS y desarrollar una serie de mecanismos legales encaminados a dotar de cobertura legal a los posibles cambios que pudieran darse en esta materia.

Por otro lado, ¿hasta qué punto puede considerarse que la mujer gestante es libre?

El presente Informe expone dos supuestos cuyos efectos y consecuencias generan diversas valoraciones éticas. La estructura seguida por el mismo es la siguiente:

Primero, la licitud de la gestación subrogada altruista. Esta posible forma de regulación basada en la implicación desinteresada de la mujer gestante en una “acción sumamente comprometida (...) como extraordinariamente valiosa porque sirve para proveer de un hijo a quien no puede”<sup>127</sup> es considerada menos atentatoria para su libertad. Se presume que la decisión es totalmente libre al no ser adoptada en un contexto de fragilidad<sup>128</sup> que pueda

---

<sup>126</sup> Ídem.

<sup>127</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, p. 24.

<sup>128</sup> Es evidente que la libertad en la toma de decisiones de determinadas personas puede ser condicionada por diversos factores externos, como puedan ser la necesidad de dinero al encontrarse

incidir en la toma o no de la misma. Sin embargo, es evidente que esta forma de regular la gestación por sustitución no establece una solución absoluta a todos los problemas inherentes a estas técnicas respecto la libertad de las mujeres. Ante esta afirmación, el Informe apunta como inconveniente importante “la incapacidad del Derecho para impedir la gestación comercial una vez aceptada la altruista” que pone en cuestión la viabilidad del método altruista como única alternativa para acceder a la gestación subrogada. El marco idóneo para admitir esta modalidad de GS sería aquel en el que “un Estado de Derecho, las autoridades competentes tienen los instrumentos necesarios para hacer cumplir las leyes, de manera que en caso contrario, se impondrían las sanciones correspondientes”<sup>129</sup> como expone Vela Sánchez. No obstante, estando de acuerdo con este escenario no considero que se ajuste a la realidad debido a que ante el supuesto en el que solo se amparase de forma legal la gestación por sustitución altruista en España, la demanda de estas técnicas sería superior a las mujeres dispuestas a comprometerse a gestar un niño para un tercero en virtud de un convenio gestacional, lo que puede provocar que un porcentaje de personas vea frustrado su deseo de ser padres y busquen soluciones alternativas ya sea en España o en el extranjero para satisfacer el mismo.

Segundo, se analizan las posibles respuestas que se puede dar a la siguiente cuestión: ¿Se debe permitir tanto la gestación subrogada altruista como la comercial? El Informe presenta en primer lugar una línea de opinión en favor de la gestación por sustitución comercial, en el que el argumento que predomina a favor de la misma es la autonomía o libertad de la mujer respecto su cuerpo y sus capacidades reproductivas, siendo lícita la retribución como móvil para acceder la mujer a gestar a un niño. Sin embargo, el Comité muestra una cierta predilección hacia un posible consenso acerca de “la plausibilidad de prohibir la gestación por sustitución de carácter comercial en base a la experiencia habida hasta el momento. Los países en los que más se ha desarrollado son, en general países pobres en los que la mujer vive en una situación de mayor desigualdad con relación al varón. Estados Unidos es la más destacada excepción”<sup>130</sup>. A mi modo de ver y en concordancia con la opinión de algunos autores que han estudiado esta materia, considero razonable que se otorgue una determinada indemnización o compensación a la mujer

---

en situaciones de pobreza, presiones que puedan recibir las mujeres portadoras por agencias u organizaciones dedicadas a este tipo técnicas reproductivas, etc.

<sup>129</sup> Vela Sánchez, Antonio José. “¿En serio? Yo alucino con el comité” Diario la Ley, Nº 9035, Sección Doctrina, 6 de septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

<sup>130</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, 24.

gestante más allá de los gastos que se han producido desde la inseminación artificial hasta el post-parto, por el simple hecho de que exista una contraprestación por ambas partes, no siendo únicamente la mujer gestante la parte que realice la mayoría de las prestaciones recogidas en el convenio gestacional y la que asuma los numerosos riesgos inherentes a estas prácticas sin ningún respaldo económico además de los gastos. Es preciso señalar por un lado, que existiendo dinero de por medio en este tipo de contratos, considero necesario que deben existir controles efectivos que excluyan la explotación de las mujeres y por otro lado, el fin de estas compensaciones económicas no deben entenderse como una retribución de una profesión ni tampoco tengan por objeto incentivar a la personas a someterse a los convenios de GS. En definitiva, esta contraprestación a la que hago referencia pienso que es lo que más se ajusta a la realidad para el buen fin de estos convenios gestacionales, debido a que el principal móvil de las mujeres gestantes para someterse a estas prácticas es la obtención de un beneficio económico. Negar o esconder esta realidad considero que lo único que estimularía es la utilización de vías que oculten el pago de determinadas cantidades de dinero por la realización de los servicios de la mujer gestante y, por tanto, facilitar que se puedan dar casos de explotación de la mujer.

A diferencia de los anteriores supuestos orientados a reflejar la situación de la mujer gestante, el Informe continúa seguidamente presentando una serie de supuestos que ponen en compromiso la dignidad y libertad de los menores.

Con anterioridad a la exposición de los mencionados supuestos, el Informe presenta un debate acerca de la idoneidad de la gestación o la voluntad procreativa como premisas para adquirir las condiciones y responsabilidades inherentes a la condición de padres.

La mayoría de los integrantes del Comité se posicionan a favor de la gestación biológica expresando que “la gestación en el proceso procreativo y en la vida de cada ser humano no debe relativizarse y que, en consecuencia, se debe proteger el vínculo de cada ser humano con su madre biológica”. En cambio, algunos de sus miembros se muestran a favor de la voluntad procreativa dentro de unos límites argumentando que “ese vínculo se podría romper en aquellos casos en los que personas que desean tener hijos no pueden gestarlos y recurren a una mujer para que lleve a cabo (...) sin menoscabo de los derechos de la gestante y del niño”.

Desde mi punto de vista, tanto el argumento que defiende la gestación como el de la voluntad procreativa considero que son razonables, sin embargo, me inclino por este

último debido a que aquellas personas que por causas naturales no pueden gestar un niño y a su vez deseen ser padres biológicos, pienso que no suponen un riesgo para el desarrollo del futuro menor dado que realmente acuden a la gestación subrogada además de por la necesidad que conlleva su condición de infértiles, por su gran deseo de ser padres biológicos. Un matiz importante presente en este argumento es la necesaria condición para poder acceder a la gestación por sustitución, como es la imposibilidad de gestar por causas naturales un hijo excluyendo a aquellos sujetos que simplemente no quieren someterse a gestar con sus propios medios por motivos puramente egoístas, como puede ser el no querer afrontar un embarazo durante nueve meses, por razones estéticas o profesionales, etc. Ante este tipo de supuestos no vería con buenos ojos que una futura regulación de esta materia amparase legalmente el acceso a estas técnicas

Volviendo a los supuestos que ponen en compromiso la dignidad y libertad del menor, mencionar en primer lugar la cobertura que puede dar la gestación por sustitución al tráfico de niños. El Informe alude por un lado, que la gestación por sustitución en la que exista dinero de por medio puede incluirse dentro de la definición de venta de niños que establece el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>131</sup>. Respecto esta afirmación podría deducirse que la solución sería la gestación por sustitución altruista, sin embargo, esto no es así debido a que el no existir una retribución o compensación no implica que no pueda incurrirse en el delito de tráfico de niños como concluye el Comité, ya que si el objeto de la relación entre los comitentes y la gestante es el niño en vez de la gestación, se cometería dicho delito<sup>132</sup>. Por otro lado, el Informe hace referencia al artículo 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño. En relación con el contenido de este artículo, considero que no es incompatible una regulación apropiada y razonable de la gestación subrogada con una legislación penal garante de los derechos de los niños respecto de los delitos tipificados en el artículo 2 anteriormente citado como sostienen otros autores como Vela Sánchez, entendiendo que “una regulación adecuada y razonable de la gestación por sustitución y, al mismo tiempo, previsor de estos delitos respecto de los menores, evitaría acudir a estos actos ilegales a las personas interesadas en ser progenitores. Es más, precisamente para no tener que incurrir

---

<sup>131</sup> Artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño “*A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto de transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupos de personas a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución*”.

<sup>132</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, p. 32.

en estas ilegalidades penales es por lo que, actualmente, los comitentes españoles acuden a países que permiten legalmente la filiación derivada de convenio gestacional”<sup>133</sup>.

Segundo, riesgo de cosificación del niño y de la reproducción.

El Informe analiza en este punto la repercusión que puede tener el deseo de tener un hijo sobre el futuro desarrollo del mismo. Es evidente que los defensores de la GS observan el deseo o la voluntad procreativa como un pilar fundamental que garantiza un buen desarrollo del menor. No obstante, el Comité establece que “ese deseo de tener un hijo no es, por sí solo, garantía de que el interés superior del niño será la guía con que actúen los padres (...) ese deseo puede que lleve a percibirlo como un objeto que ha de satisfacer los estándares determinados por el deseo”<sup>134</sup>. Ante este argumento, cabe expresar que esta circunstancia puede observarse de igual forma en cualquier familia independientemente del proceso reproductivo (de forma natural o artificial) al que hayan recurrido. Por ello, considero que el problema parte de la mentalidad presente en determinados sectores de la sociedad respecto la instauración de un determinado número de estándares y estereotipos considerados como válidos respecto los hijos y, por tanto, todo lo que se aleje de ellos da lugar a una frustración de aquel deseo de los progenitores. Concluyo aludiendo que este aspecto debería ser analizado y controlado en todas aquellas personas que procuren recurrir a la GS, por un equipo de especialistas en esta materia

El Informe expone que “los hijos habidos mediante gestación por sustitución comercial ese riesgo se puede incrementar en la medida que los comitentes tienen la opción de elegir aspectos que afectan directamente a las condiciones de desarrollo del niño y sus características futuras”<sup>135</sup>. Vela Sánchez ante este argumento señala que “esto mismo puede tener lugar y, de hecho, así sucede en otros supuestos de reproducción asistida” compartiendo su línea de opinión. Finalmente el Comité acepta que “todas estas posibilidades de elección están en mayor o menor medida presentes en las técnicas de reproducción asistida legalmente admitidas”<sup>136</sup>. No obstante, cabe señalar que en la GS existe un factor diferencial respecto la reproducción asistida, como es la potestad de los comitentes para elegir de forma libre la mujer gestante y todas las circunstancias inherentes

---

<sup>133</sup> Vela Sánchez, Antonio José. (¿En serio? Yo alucino...), op. cit, p. 5.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>135</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, p. 33.

<sup>136</sup> Vela Sánchez, Antonio José. (¿En serio? Yo alucino...), op. cit, p. 5.

a la misma que puedan derivar del embarazo. Este aspecto considero que debe ser regulado de forma muy rigurosa con el fin de que los comitentes no tengan un poder excesivo sobre la gestante durante el periodo de duración del embarazo. En la actualidad, existe la posibilidad de elegir numerosas características de la gestante en función de los costes que los comitentes estén dispuestos a afrontar y, por tanto, no se puede desconocer que esta realidad puede dar lugar a una vulneración de los derechos fundamentales de éstas si no se imponen unos límites. En definitiva, pienso que regular las potestades que puedan tener los comitentes sobre la mujer gestante es uno de los principales retos que debe afrontar el legislador para que pueda ser factible el permitir la gestación por sustitución en España. Algunos Estados ya han comenzado esta labor legislativa como es el ejemplo de Portugal, en el que existe una prohibición consistente en que la mujer gestante no puede aportar su material genético teniendo como finalidad que su única labor sea la de gestar, desvinculándose biológicamente del recién nacido. La mencionada medida limita una posibilidad a la que podían acceder los comitentes en favor de la gestante, pretendiendo relativizar el aspecto emocional y afectivo que envuelven a la gestación y el parto.

Tercero, problemas relacionados con el conocimiento de los orígenes biológicos del niño. En este apartado el Informe alude a dos tendencias seguidas por aquellos países en los que se ha regulado la GS. La principal diferencia entre ambas es el momento en el que la gestante renuncia a su condición de madre.

Por un lado, desde la perspectiva del Derecho se puede sostener que en ningún momento la gestante ocupa la posición de madre del niño cuando renuncia con anterioridad a dicha maternidad, figurando como madre únicamente aquella que aparezca en el convenio gestacional y, por tanto, limitando el derecho a investigar del hijo a lo dispuesto contractualmente. Ante este escenario el Comité se plantea la siguiente cuestión, “¿se le puede decir a alguien que, puesto que la persona que lo gestó nunca fue su madre desde el punto de vista jurídico, no tiene derecho a conocer nada respecto de ella?”<sup>137</sup> Respondiendo a la misma expresando que “la maternidad biológica desempeñada por la mujer durante el embarazo no puede reducirse a un hecho irrelevante para la vida del hijo y, por tanto, se debe reconocer el derecho del hijo a conocer esos orígenes biológicos”<sup>138</sup>. En relación con este argumento contrario al anonimato de la gestante existen numerosos autores que

---

<sup>137</sup> Comité de Bioética de España, op. cit, p. 37.

<sup>138</sup> Ídem.

comparten esta tendencia de pensamiento, como es Vela Sánchez explicando que “defiende que el convenio gestacional podría regularse en nuestro ordenamiento jurídico teniendo presentes los criterios establecidos por la trascendental Instrucción de la DGRN (...) en el convenio de gestación por sustitución deberían constar claramente, además de las personas interesadas, los de la mujer gestante, para que quede abierta la posibilidad de que el hijo pueda conocerla, pero no los del cónyuge o pareja de hecho”<sup>139</sup>. A mi parecer ambos razonamientos son correctos y entendería que pudiesen fundamentar una futura legislación sobre la materia analizada en este punto debido a que el acto o responsabilidad a la que se somete la mujer portadora al gestar un niño con el fin de entregarlo tras el parto a los comitentes considero que es de tal entidad e importancia que el futuro menor debe poder conocer en algún momento de su vida la identidad de la gestante si así lo requiere. Sin entrar a analizar la idoneidad o no del anonimato de los donantes en la reproducción asistida heteróloga, considero que no es correcto comparar el acto de gestar con el de aportar material genético con el fin de establecer una misma solución para ambos supuestos respecto el conocimiento de los orígenes biológicos del niño, debido al diferente grado de trascendencia para las partes que existe entre un acto y el otro.

## **6. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE UN ENFOQUE DEL ARGUMENTO UTILITARIO Y DE LA TEORIA LIBERAL O LIBERTARIA.**

### **6.1 El utilitarismo.**

El surgimiento del utilitarismo, pese a la existencia de diversos predecesores como Hume, Helvecio, Beccaria y Priestley se puede atribuir a Bentham, quien fue el verdadero artífice de la doctrina de pensamiento utilitario bajo el lema “*la mayor felicidad del mayor número*”. Es cierto que el resto de autores antecesores citados anteriormente crearon los cimientos del utilitarismo dando pie a que algunos autores cuestionen la condición de fundador de este último, como es el ejemplo de Plamenatz<sup>140</sup> considerando que Hume es el fundador. Sin

---

<sup>139</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio José. (¿En serio? Yo alucino...), op. cit, pp. 6-7.

<sup>140</sup> PLAMENATZ, J., The English Utilitarians, Basil Blackwell, Oxford, 1966.

embargo, Bentham redactó un compendio en el que se recogía la teoría utilitarista de la moral y de la política, perfeccionado posteriormente por John Stuart Mill.<sup>141</sup>

Desde una perspectiva política del utilitarismo, es preciso señalar la trascendencia del criterio de utilidad en este modelo de pensamiento debido a que tanto la configuración como la toma de decisiones del poder político no es preciso un respaldo y representación de la voluntad general, es decir, se observa una independencia del utilitarismo respecto las vías democráticas, únicamente debe ajustarse al bienestar o felicidad que pueda generar en la sociedad las medidas que adopte el mismo. En definitiva, el núcleo sobre lo que gira todo en el modelo utilitario es el criterio de utilidad que solo responde a resultados y a una buena administración de la sociedad y, por tanto, este hecho incide en los derechos individuales de las individuos como expone Eusebio Fernández García “los derechos individuales, definidos por las leyes, tienen un estatus subordinado, secundario. Aunque por regla general, el respeto a los derechos individuales podemos considerarlo congruente con el principio de utilidad, si se produce la violación o vulneración de alguno de ellos en un caso concreto, y esa vulneración reporta mayores beneficios netos, el principio de utilidad no solo autoriza esa vulneración sino que propiamente lo ordena”<sup>142</sup>.

El pensamiento utilitario ha suscitado numerosas críticas desde sus inicios desde diversos sectores. Sin embargo, se pueden extraer dos aspectos positivos. Por un lado, esta tendencia de pensamiento muestra un gran afán por exaltar el gran valor de la felicidad y el bienestar del ser humano, sin necesidad de que ella deba depender de Dios, o del alma, o cualquier otra figura metafísica. Por otro lado, el consecuencialismo inherente a esta forma de pensar, consistente en analizar la idoneidad de las normas o actos en función de la repercusión positiva que tengan sobre los individuos.

Desde un enfoque del pensamiento utilitario se puede sostener la aprobación de una regulación orientada a amparar legalmente la GS, al entender los precursores de esta filosofía moral que los poderes políticos deben tener como objetivo la gestión eficiente de la población en aras de obtener la mayor felicidad posible para el mayor número de personas. Por tanto, permitiendo el convenio gestacional se obtendría una serie de resultados positivos; Primero, todas aquellas parejas infértiles pueden acceder a la GS de

---

<sup>141</sup> CAMPS, Victoria. Historia de la ética. Editorial crítica, 2006, p. 458-459.

<sup>142</sup> FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. *El Estado Social: desarrollo y revisión*. Filosofía Política y Derecho, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995. Cap. IX

forma segura y legal logrando así ser padres biológicos evitando el turismo reproductivo en países en vía de desarrollo; Segundo, la aprobación de este tipo de regulación puede favorecer al incremento de la natalidad; Tercero, partiendo de un contexto de GS comercial, se puede sugerir que tanto los comitentes como la gestante, obtienen un beneficio objeto del contrato. Con todo esto lo que se intenta señalar, es el que el núcleo de la filosofía moral utilitaria son los resultados y, por ello, los derechos individuales (como son los referentes a la dignidad e integridad física de la gestante en este caso) pasan a un segundo plano al no solo permitirse una vulneración de los mismos, sino a ordenarla en detrimento de estos derechos cuando exista un beneficio. En definitiva, el procedimiento que utiliza esta línea de pensamiento es la realización de un balance entre dos variables, por un lado, la felicidad o bienestar que pueden provocar las medidas tomadas por el poder político y por otro lado, menoscabo en los derechos individuales como consecuencia de las medidas adoptadas. El resultado obtenido al ponderar ambas hace caer la balanza hacia aquella que mayores beneficios reporte sin atender a intereses generales de ningún tipo ni al consenso social, como si ocurre en la teoría contractualista de Rousseau.

## **6.2 Perspectiva liberal y libertaria de la gestación por sustitución.**

El afianzamiento de la clase social burguesa tras las monarquías absolutas de los siglos XVII y XVIII tuvo como resultado la creación de su propia teoría política (teoría del Estado Liberal). Los precursores de este pensamiento se puede sostener que fueron Hobbes y Locke, sobretodo este último. En cuanto a los pilares sobre los que se asienta la doctrina liberal, por un lado señalar el imperio de la Ley y, por otro lado, el reconocimiento de unos derechos fundamentales del ser humano anteriores a la creación de la figura del Estado. Ante esta realidad las monarquías absolutas no tenían cabida en este modelo al no estar sometidas a la ley e incluso e incluso la intervención del Estado en las relaciones entre particulares se consideraba contraproducente, debido a su mentalidad de abstencionismo institucional. En definitiva, como establece el Manual de Filosofía del Derecho “la misión del Estado era muy simple: se reducía a garantizar el libre desarrollo de la sociedad civil, el ámbito de las relaciones sociales privadas y libres, sin intervenir en él.”<sup>143</sup>

En un primer momento, para Locke los derechos individuales constituyen un límite que no puede ser sobrepasado por ninguna persona y menos aún por los poderes políticos debido

---

<sup>143</sup> FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. Op. cit, Cap. IX.

a su condición anterior al Estado y a la sociedad civil<sup>144</sup>. En relación con esta afirmación, se podría sostener una regulación que prohíba la gestación subrogada debido al inherente riesgo que supone para este tipo de derechos (libertad, dignidad e integridad física de la gestante y el menor).

El liberalismo conservador establece que el grado de liberalización idónea aplicable para un marco económico o de mercado no debe ser igual al aplicable en un entorno familiar o en materia reproductiva debido a las consecuencias negativas que se pueden producir en estos últimos como presenta Francisco José Contreras “Un útero no es lo mismo que un piso; un matrimonio no es lo mismo que un contrato laboral (...) La liberalización total de la vida familiar implicaría su destrucción; la desregulación y mercantilización de la vida reproductiva supondría una deshumanización aberrante”<sup>145</sup> Ante esta realidad, es evidente que los defensores de esta doctrina filosófica adoptarían una solución similar a la del párrafo anterior, es decir, prohibir de forma tajante cualquier modalidad de gestación por sustitución.

Sin embargo, comienza a surgir una idea basada en la búsqueda del interés particular como medio para obtener un resultado global óptimo. Desde este enfoque, se podría aceptar una regulación permisiva de la gestación subrogada entendiendo que en estos contratos ambas partes (comitentes y gestante) persiguen una serie de intereses individuales amparados por su derecho de libertad y cuya justificación atiende al pensamiento tendente a maximizar la libertad del individuo. Por tanto, cualquier injerencia por parte del Estado en la relaciones privadas entre estos dos sujetos supondría una vulneración de la manifestación de su derecho de libertad (potestad para poder escoger las diversas técnicas de reproducción asistida existentes). Esta postura se identifica con tres reglas promovidas por el libertarismo, según establece Francisco José Contreras “acuerdos voluntarios entre individuos; Estados mínimos dedicados sólo a impedir la agresión y garantizar la ejecutividad de los contratos; libertad entendida simplemente como no interferencia; maximización de la libertad individual, con el único límite de la libertad de los demás”<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Ídem

<sup>145</sup> Contreras, Francisco José, “Liberalismo contra libertarianismo”, pp. 31-32; Véase en: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/conservador>.

<sup>146</sup> Ídem.

## 7. ¿EXISTE REALMENTE UN DERECHO A SER PADRES O SE DEBE CATEGORIZAR COMO UN DESEO?

El debate que plantea esta cuestión ha ido ganando peso en la actualidad como consecuencia del nacimiento de nuevas técnicas reproductivas que permiten sortear los límites impuestos por la naturaleza en determinados supuestos. No es tarea sencilla dar respuesta absoluta a esta pregunta debido a las diferentes y numerosas opiniones que suscita la misma. Sin embargo, antes de indagar una respuesta es preciso hacer mención al derecho de reproducción.

Respecto al derecho a procrear, es conveniente señalar que no existe una mención expresa del mismo en la Constitución, no obstante, según expresa Marrades Puig “El Tribunal Constitucional ha hablado de la libertad de procrear deduciendo ésta del libre desarrollo de la personalidad, pero no ha reconocido un derecho a la reproducción expresamente”<sup>147</sup>. En definitiva este derecho subyace del contenido del derecho de libertad personal como expresión de la autonomía física del individuo, recogida en el artículo 17.1 CE.<sup>148</sup> Una vez establecidos los derechos que le sirven de fundamento hay que determinar su alcance, el cual, puede variar en función de la interpretación adoptada. Un sector defiende una versión del derecho de reproducción más flexible, aceptando la posibilidad de recurrir a las técnicas de reproducción asistida si fuese preciso como manifestación de éste. Otro sector sostiene en cambio, que la correcta interpretación de este derecho es aquella consistente en afirmar que no existe ningún derecho absoluto debiendo imponerse unos límites con el fin de no violar otros principios o valores amparados constitucionalmente (dignidad e integridad física de la mujer gestante) , es decir, no ven con buenos ojos demandar los servicios de una mujer gestante para satisfacer el deseo de ser padres de los comitentes y que este hecho sea amparado o constituya una expresión del derecho a la reproducción humana y, por tanto, reducirse este derecho a una potestad que tiene cada individuo de decidir ser o no ser padres de forma libre.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Marrades Puig, Ana. “El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, núm. 30, pp. 159.

<sup>148</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, 2004, “El derecho a la reproducción humana: fundamento y nuevos problemas”; Véase en: <https://dialnet.unirioja.es>

<sup>149</sup> Ídem.

Volviendo estrictamente a la cuestión que se examina en este apartado, pienso que no existe un derecho específico a ser padres por los siguientes motivos:

En primer lugar, pienso que se debe establecer una disociación entre el derecho de reproducción humana y el de acceso a las técnicas de reproducción asistida pese a la estrecha relación existente entre ellos. Este último derecho considero factible su existencia siempre y cuando solo puedan acceder a él personas que cumplan determinados requisitos. Un ejemplo de éstos es que por motivos naturales (infertilidad, enfermedad) se vean privados de ser padres biológicos. A modo de síntesis, más que un derecho a ser padres biológicos, entiendo que debe existir es un derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida (GS) en unos supuestos tasados por ley estableciéndose un control efectivo que no permita una vulneración de los valores y principios que entran en juego en este tipo de prácticas.

En segundo lugar, considero de entidad suficiente el fundamento consistente en que una vez que la ciencia ha logrado avanzar hasta tal punto, en este caso en materia reproductiva, permitiendo dar una solución a un problema como es la infertilidad, entiendo que las personas que padecen este tipo de problemas se les debe conceder el derecho al acceso a las técnicas de reproducción asistida como última alternativa para ser padres biológicos.

## **8. CONCLUSIONES.**

Como resultado de la actividad investigadora, me gustaría destacar en primer lugar el escaso conocimiento que gran parte de la sociedad española tiene sobre la gestación por sustitución. Actualmente es cierto que existe un interés mayor por conocer todo lo relativo a estas prácticas, sin embargo, es insuficiente ya que en función de la modalidad de gestación subrogada a la que se recurra, pese a que el proceso y el resultado va a ser el mismo, se conciben de forma muy diferente por un amplio sector de ciudadanos. Socialmente se considera más aceptable que un matrimonio compuesto por un varón y una mujer recurra a estas técnicas de reproducción que un matrimonio compuesto por dos varones, simplemente por prejuicios sin entrar a analizar el fondo del asunto. En relación con el supuesto consistente en que un familiar cercano se comprometa a ser la mujer gestante, dando lugar a doble vínculo con el recién nacido, un sector de la sociedad entiende que es antinatural y rompe con los pilares tradicionales de la figura de la familia. Desde mi punto

de vista, a este desconocimiento social de la maternidad subrogada hay que sumarle la opacidad con la que las instituciones tratan esta materia.

En segundo lugar, considero necesario resaltar la complejidad que envuelve esta materia tanto desde el punto de vista jurídico como ético. A priori se puede pensar que estas técnicas de reproducción se reducen únicamente al acuerdo por el que una tercera persona se compromete a gestar y tras el parto ésta renuncia a los derechos relativos a la maternidad entregando el menor a los comitentes, sin embargo, no es tan simple, existen numerosos factores que pueden influir en este proceso como son la numerosas modalidades de GS a las que se puede recurrir citadas en este trabajo. En especial, la aportación o no de gametos por uno de los comitentes y el carácter comercial o altruista generan una serie de efectos jurídicos totalmente o puestos, respecto la determinación de la filiación y la prohibición o no de la maternidad subrogada. Este hecho, me ha llevado a reflexionar de forma más profunda la dificultad que supone legislar sobre materia y a su vez, la necesidad de establecer una regulación garante de los derechos individuales de los sujetos intervinientes.

Por un lado, la situación de “lege data” en España está marcada por la prohibición expresa de la maternidad subrogada establecida en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, el artículo 10.3 LTRHA establece una vía de escape a través de la figura de la adopción para aquel progenitor no aportante de material genético. La postura del Gobierno es tendente a la prohibición de estas técnicas de reproducción asistida y además, argumenta que sin una colaboración internacional es imposible lograr una prohibición efectiva al existir Estados donde esta aceptada y regulada.

Para finalizar, en relación con la situación de “lege ferenda”, considero que la maternidad subrogada deber ser amparada legalmente en España. Es evidente que la prohibición actual no cumple los objetivos disuasorios que el legislador pretendía, ya que son numerosos los niños nacidos mediante estas técnicas en otros países donde está permitida y han sido inscritos en el Registro Civil español; por ello pienso que continuar con esta prohibición, además de no ser efectiva, está provocando que numerosas agencias dedicadas a este sector gestionen numerosos convenios gestacionales obteniendo un lucro y, por tanto, generándose una actividad económica alrededor de la gestación por sustitución que nada favorece a reducir la explotación y mercantilización de la reproducción humana. Como posible solución, entiendo viable que exista un intervencionismo por parte del Estado que garantice el respeto de los derechos individuales que entran en juego desde una perspectiva objetiva, al no actuar movido por los beneficios económicos que pueda generar la GS.

Otro aspecto en favor de una regulación permisiva es la situación en que se encuentran las técnicas de reproducción asistida; pienso que solo nos encontramos ante los primeros pasos evolutivos de las mismas y en un futuro aun será más fácil y seguro acudir a ellas sin existir tantos riesgos para la mujer gestante.

En definitiva, la maternidad subrogada va a suponer un reto normativo en un futuro que debemos afrontarlo de forma seria sin ponerse una venda en los ojos en aquellos aspectos que pese a que genere controversia sea necesario regularlos, ya que es imposible que una futura regulación sea defendida y apoyada de forma unánime.

## 9. FUENTES.

### **Bibliografía:**

CAMPS, Victoria. *Historia de la ética*. Editorial crítica, 2006, p. 458-459.

FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. *El Estado Social: desarrollo y revisión*. Filosofía Política y Derecho, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995. Cap. IX

GUARIGLIA, Osvaldo. *Cuestiones morales: Vol. 12 (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía)*. Trotta, 2007, pp 287-289.

HEREDIA CERVANTES, Iván. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*. ADC, tomo LXVI, 2013. Pp. 704

J.M MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ y J.M MASSIGOGE BENEGIU. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. Dykinson 1994. Pp.95.

LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*; Univ de Barcelona, pp 76-78.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual de Derecho de Familia, principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, 2013, p. 302

PLAMENATZP, J. *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford, 1966.

VELA SANCHEZ, Antonio José; *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*; Editorial Calamares S.L, p. 20.

### **Artículos:**

Álvarez Álvarez, Araceli. “El caso Baby M”. Revista semestral del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid”, 2016. Pp. 24-25.

Álvarez Hernández, Natalia, 16 de noviembre de 2017, “Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”; Véase en: <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>

Álvarez Hernández, Pilar, “El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada”; Véase en: [https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\\_776827.html](https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html)

Álvarez Molero, Pilar, 8 de noviembre de 2017, “El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada”; Véase en: [https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\\_776827.html](https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html)

Aznar Domingo, Antonio y Delgado Sánchez, Alberto, 2017, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”; Véase en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6212692>

Contreras, Francisco José, “Liberalismo contra libertarianismo”, pp. 31-32; Véase en: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/conservador>.

Farnós Amorós, Esther. “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”. *International Family Law*, marzo de 2013, pp. 68-72.

García Aburuza, M<sup>a</sup> Paz, “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2015 parte Estudios. Pp 3-4

García Ruiz, María Pilar, “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”; Véase en: <https://elderecho.com/gestacion-subrogada-estado-legal-y-jurisprudencia-de-la-cuestion>

Gómez Sánchez, Yolanda, 2004, “El derecho a la reproducción humana: fundamento y nuevos problemas”; Véase en: <https://dialnet.unirioja.es>

Igareda González, Noelia, “El derecho a conocer los orígenes biológicos vs el anonimato en la donación de gametos”, pp. 1; Véase en: [www.colectivoderechofamilia.com](http://www.colectivoderechofamilia.com)

Marrades Puig, Ana. “El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, núm. 30, pp. 159.

Martín Camacho, Javier, 2004, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable”; Pp.1; Véase en: <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Martinelli, Raffaello, “la inseminación y la fecundación artificial”; Véase en: <https://es.catholic.net/op/articulos/58258/cat/1126/la-inseminacion-y-la-fecundacion-artificial.html#modal>.

Polo García, Susana, "¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?"; Véase en: [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Gestion-subrogada-vientre-alquiler\\_11\\_1102555001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Gestion-subrogada-vientre-alquiler_11_1102555001.html)

Regueiro Dubra, Raquel. "Gestación por sustitución: de la negación de los derechos de los padres intencionales al reconocimiento de los derechos de los menores". Universidad Europea de Madrid, Wolters Kluwer, septiembre de 2015.

Vaquero López, Carmen, 2015, "La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015" Revista Aranzadi doctrinal 4, pp. 6.

Vaquero López, Carmen. Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género. Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2018, Vol. 10, N°1, pp. 45.

Vela Sánchez, Antonio José. "¿En serio? Yo alucino con el comité" Diario la Ley, N° 9035, Sección Doctrina, 6 de septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

#### **Normativa:**

Código Civil.

Código penal.

Enmiendas al Estatuto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, hecho en La Haya el 31 de octubre de 1951, adoptadas por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en su vigésima reunión celebrada en la Haya el 30 de junio de 2005 y Texto Consolidado de dicho Estatuto. BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2012, referencia BOE-A-2012-4370.

Exposición de Motivos de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida.

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990, referencia BOE-A-1990-31312.

La Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979.

La Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, referencia, BOE-A-2006-9292.

Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación biomédica. BOE núm. 159, de 04/07/2007, referencia BOE-A-2007-12945

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011. BOE-A-2011-12628.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988. Referencia, BOE-A-1988-27108.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988. Referencia, BOE-A-1988-27108.

### **Jurisprudencia y resoluciones de órganos oficiales.**

Auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015, Sala de lo Contencioso, Madrid, Sección 1.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009, jurisdicción civil.

Sentencia 116/1999, de 17 de junio del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico primero. BOE núm. 162, de 08 de junio de 1999.

Sentencia 116/1999, de 17 de junio del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico décimo quinto. BOE núm. 162, de 08 de junio de 1999.

Sentencia 247/2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, Sección 991, N° de recurso 245/2012, N° de resolución 835/2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. (Sentencia Civil N° 826/2011, AP Valencia, Sec. 10, Rec 949/2011).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014, en los asuntos 651192/11 (Menneson c/ Francia) y 65941/11 (Labasse c/ Francia).

