



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Aspectos jurídico-constitucionales de la maternidad subrogada

Presentado por:

Lucía Pastor Cesteros

Tutelado por:

Fernando Rey Martínez

Valladolid, 19 de junio de 2021

RESUMEN:

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la maternidad subrogada desde un punto de vista jurídico-constitucional.

Estamos ante uno de los temas más controvertidos que existen dentro del ámbito de la bioética y el derecho. Una materia que en los últimos años ha experimentado un gran apogeo, debido tanto a la existencia de regulaciones permisivas de esta práctica en el ámbito internacional, como al incremento de información gracias a medios como internet que nos conectan y facilitan el acceso a este tipo de relaciones en un mundo globalizado como el actual. Sin embargo, ese exceso de información y de posibilidades de acceder a este tipo de técnicas tiene consecuencias problemáticas y complejas desde el punto de vista legal, que crean una gran inseguridad jurídica e incertidumbre a la hora de tramitar la filiación de los menores habidos por este método. La dificultad de encontrar cabida constitucional a la regulación de este tipo de técnicas en nuestro país resulta más que justificada, ya que están en juego valores, principios y derechos que son inquebrantables. Se darán a conocer todos los aspectos relevantes sobre la gestación subrogada, con explicación de todas las formas posibles y el panorama legislativo a nivel internacional, análisis de legislación y jurisprudencia, haciendo especial hincapié en la situación jurídica en España, desde una perspectiva crítica y actual.

▪ **PALABRAS CLAVE**

- ❖ **Maternidad subrogada**
- ❖ **Gestación subrogada**
- ❖ **Madre gestante**
- ❖ **Padres comitentes**
- ❖ **Técnicas de reproducción**
- ❖ **Filiación**

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze surrogacy from a legal-constitutional point of view. This is one of the most controversial topics in the field of bioethics and law. A subject that in recent years has experienced a great boom, due to both the existence of permissive regulations concerning this practice at an international level, as well as the increase of information thanks to media such as the Internet that connect us and facilitate access to this type of relationships in a globalized world like today. However, this excess of information and possibilities to access this type of techniques has problematic and complex consequences from the legal point of view, which create a great legal insecurity and legal uncertainty when processing the filiation of children born by this method. The difficulty of finding a constitutional place for the regulation of this type of techniques in our country is more than justified, since unbreakable values, principles and rights are at stake. All the relevant aspects of surrogacy will be presented, with an explanation of all the possible forms and the international legislative panorama, analysis of legislation and jurisprudence, with special emphasis on the legal situation in Spain, from a critical and current perspective.

▪ KEYWORDS

- ❖ **Surrogate motherhood**
- ❖ **Surrogacy**
- ❖ **Expectant mother**
- ❖ **Commissioning parents**
- ❖ **Reproductive techniques**
- ❖ **Affiliation**

▪ **ABREVIATURAS**

- ❖ **AGSE: Asociación por la Gestación Subrogada en España**
- ❖ **CBRC: Cross border reproductive care**
- ❖ **CE: Constitución Española**
- ❖ **CEDH: Convenio Europeo de Derecho Humanos.**
- ❖ **CFU: Código de Familia Ucraniano**
- ❖ **DGRN: La Dirección General de los Registros y del Notariado**
- ❖ **ESHRE: European Society of Human Reproduction and Embryology**
- ❖ **FIV: Fecundación in vitro**
- ❖ **LIB: Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica**
- ❖ **LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida**
- ❖ **PL: Proposición de Ley**
- ❖ **RC: Registro Civil**
- ❖ **SNH: Son nuestros hijos**
- ❖ **TRA: Técnica de Reproducción Asistida**
- ❖ **TC: Tribunal Constitucional**
- ❖ **TEDH: Tribunal Europeo de Derecho Humanos**

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	8
2. LA MATERNIDAD SUBROGADA	9
2.1. Concepto	9
2.2. Delimitación conceptual y aclaraciones previas	11
2.3. Clases de maternidad subrogada.	14
2.4. Principales cuestiones diferenciadoras de la maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida y adopción..	17
3. HABLEMOS DE DATOS. ¿CUÁL ES LA REALIDAD ACTUAL DE ESTA PRÁCTICA?	18
4. ANÁLISIS REALIZADO POR EL COMITÉ DE BIOÉTICA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	21
4.1. Introducción a la crítica de detractores y defensores	21
4.2. La posición del Comité de Bioética	22
5. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. ANÁLISIS CRÍTICO Y DERECHO COMPARADO.	27
5.1. Introducción.	27
5.2. La maternidad subrogada desde la perspectiva internacional y de Derecho comparado	27
5.2.1. Derecho comparado. Análisis de la situación internacional....	27
5.2.2. Los principales problemas de la gestación por sustitución internacional.....	34
5.2.3. Fenómeno de la “Cross-border reproductive care” (CBRC).....	36
5.3. El reciente Protocolo núm 16. El asunto Mennesson y su papel fundador de la opinión consultiva del TEDH	39

6. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA Y ASPECTOS DE ACTUALIDAD	44
6.1. Situación nacional. Actual prohibición de la maternidad subrogada en España. Efecto de la nulidad de los contratos con este fin.....	44
6.1.1. La polémica instrucción del 14 de febrero de 2019. Respuesta ante una situación dramática en Kiev. La vuelta de tuerca en la inscripción de los menores habidos por gestación subrogada en el año 2019	47
6.2. La actualidad política en España. Las propuestas de ley de Ciudadanos.....	50
7. TENER UN HIJO ¿ES UN DERECHO O UN DESEO?	54
7.1. Introducción	54
7.2. ¿Existe presión social que obligue a tener descendencia?	54
7.3. El deseo de tener hijos	57
7.4. El derecho a tener hijos	59
8. CONCLUSIONES FINALES	60
9. BIBLIOGRAFÍA.....	64
10. ANEXOS.....	69

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de los rápidos cambios de mentalidad que hemos observado en nuestra sociedad en los últimos años, es indiscutible que nos encontramos en una etapa llena de controversias y enfrentamientos desde el punto de vista social y político, sobre materias ideológicamente tan inflamables como el aborto, la eutanasia, o la maternidad subrogada, siendo esta última nuestro objeto de estudio.

El objetivo principal de este trabajo consiste en hacer un análisis profundo de esta práctica, actualmente prohibida en España, pero que, sin embargo, no impide que determinadas personas, normalmente con gran poder adquisitivo, acaben acudiendo a otros países donde sí que se encuentra permitida, con los posteriores problemas derivados al intentar inscribir a su hijo, fruto de una compraventa, en el Registro Civil Español. Así pues, y poniendo como ejemplo introductorio el reciente caso de Miguel Bosé, el cual obtuvo dos hijos comprados en EEUU con su material reproductor, y otros dos con el material reproductor de su pareja. El problema llegó cuando, pasados siete años, acontece la ruptura de la pareja, encontrándose un gran dilema con la custodia de los cuatro hijos y pasando por un largo procedimiento judicial.

Dentro de las principales cuestiones que intentamos resolver con este estudio, nos preguntamos, ¿es lícito que, estando prohibida esta práctica en nuestro país, se permita finalmente inscribir a esos niños, fruto de una compraventa, en el Registro Civil Español, quedando la patria potestad sobre los comitentes? ¿Nos encontramos ante el momento de poner fin al principio *mater certa sempre est*? ¿Es igual de lícito permitir o prohibir esta práctica a parejas homosexuales que a heterosexuales, así como a personas sin pareja que deseen tener un hijo? ¿Tener un hijo es un deseo o un derecho? ¿Sería un error hacer legal esta práctica sin regular aspectos decisivos que puedan llevarnos a un mercado incesable de vientres de alquiler y posibles personas explotadas? ¿Tiene similitudes esta práctica con la prostitución? ¿sería posible llegar a regular en nuestro país un acuerdo que permita la gestación subrogada en determinadas ocasiones y con unas garantías dignas para las gestantes y el niño fruto de esa práctica?

Nuestro estudio no tiene como objeto dar una respuesta exhaustiva a todas las preguntas, sino clarificar los términos de este debate, confrontar y analizar las reflexiones aportadas por expertos. Considerando que la labor del jurista no debe ceñirse a una explicación simple de

la realidad, sino que debe ser capaz de dar soluciones a las cuestiones que surgen en nuestra sociedad, aunque pueda resultar arriesgado, debemos proporcionar estímulos a los legisladores para que realicen su labor, por eso se concluye con una propuesta racional de lo que convendría cambiar en nuestro país. En este sentido, ¿se necesita una reforma de la actual prohibición, convirtiéndola en permisión, o se precisa de un fortalecimiento de la actual prohibición para que quienes la incumplen asuman las consecuencias?

El esfuerzo del investigador adquiere sentido en un mundo cambiante y éticamente pluralista que precisa de respuestas inmediatas para conflictos nuevos y crecientes.

2. LA MATERNIDAD SUBROGADA

2.1. Concepto

La maternidad subrogada es un supuesto especial de reproducción humana asistida.¹ Puede definirse como el proceso mediante el cual una mujer, ya sea mediante contraprestación o sin ella, se ofrece a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo encargaron, que son quienes van a asumir su paternidad o maternidad, sean biológicos o no. Es decir, nos encontramos ante una situación tan delicada como que, una mujer va a llevar implantado un embrión, con todas las consecuencias que esto acarrea, para que, una vez nacido, quede en manos de otra mujer, de un hombre o de una pareja, sea esta matrimonial, de hecho, homosexual o heterosexual.² De manera significativa, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, SAP de 23 de noviembre de 2011³ esbozó una definición de este convenio de gestación por sustitución, indicando en su fundamento jurídico primero que “*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*

¹ SÁNCHEZ, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, S.L, pg.1.

² España, C. d. (2017). *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada*. Bilbao. Obtenido de: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eti_cos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf. Pg.6

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. (Sentencia Civil N.º 826/2011, AP Valencia, Sec. 10, Rec 949/2011).

*entregar el 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”.*⁴

Atendiendo a estas definiciones podemos encontrar los matices principales que caracterizan esta práctica, comenzando por decir que estamos ante un verdadero contrato o acuerdo de voluntades, concretamente, de comisión. Dentro de este contrato de comisión encontramos diferentes sujetos que van a tener su función concreta en el proceso. Por un lado, se encuentra la mujer que acepta y se compromete a gestar y, por lo tanto, a portar en su vientre un niño fruto de un encargo, la cual recibe comúnmente el nombre de madre gestante, madre de alquiler o madre sustituta, entre otros. Mientras que, por otra parte, se encuentran los llamados padres intencionales, subrogantes o comitentes, caracterizados principalmente por el deseo de tener un hijo, y que, por diversas causas, no pueden o no quieren engendrar por sí mismos, lo que los lleva a acudir a una mujer que ponga a disposición de los mismos su cuerpo para que, mediante una fecundación in vitro, (a partir de ahora FIV), se quede embarazada y engendre a un niño que deberá entregar una vez dé a luz. Pero, esto no se queda aquí. A pesar de que, sin duda alguna, los principales sujetos de este contrato son la madre gestante y los padres comitentes, no debemos dejar de lado que el propio objeto de este contrato es una persona humana, el niño gestado mediante esta práctica, llevándonos esto último a un gran debate, el de dirimir si esta práctica trata a ese niño como una mera mercancía, siendo contrario por tanto a su dignidad como persona (art. 10.1 CE), o por el contrario la comercialización no es la del niño obtenido mediante esta práctica, sino la capacidad generativa de la mujer gestante, que tiene derecho a disponer libremente de su cuerpo, afirmación inmensamente discutida a su vez, ya que existen gran cantidad de argumentos que ponen en duda esta última afirmación, cuestionándose la libre decisión de la mujer que se presta a gestar, ya que la realidad nos muestra cómo en la mayor parte de los casos, estas mujeres se encuentran en una situación vulnerable y sometidas a una coerción económica que refleja esa falsa afirmación de “decisión libre”, quedando de forma encubierta una explotación de su cuerpo que queda constatada atendiendo a las diferentes posiciones sociales y económicas en las que se encuentran por un lado, las personas o parejas contratantes, normalmente con un nivel de vida mucho más alto, y por otro, la mujer que presta su vientre, normalmente perteneciente a un nivel de vida más bajo y con hijos propios a su cargo. A lo largo de nuestro estudio investigaremos a fondo la posición que cada sujeto

⁴ (SAP Valencia 826/2011, 23 de noviembre de 2011)

tiene en el contrato y argumentaremos sobre esa “presunta libertad” que los defensores de esta práctica utilizan siempre en sus debates.⁵

Continuando en la línea de las características que definen este contrato, ahora nos remitimos a mencionar los aspectos principales para después, en los apartados correspondientes realizar un análisis de cada uno de ellos, pues, en la definición se hace alusión a la posibilidad de que este acuerdo se lleve a cabo mediante contraprestación o sin ella, teniendo, evidentemente, unas consecuencias distintas dependiendo de si se lleva a cabo de una manera u otra. También se menciona la posibilidad de que la madre gestante aporte sus óvulos o no, al igual que el padre contratante podrá aportar su material reproductor o podrá ser el de un donante, dependiendo de que sea de una forma u otra, puede recibir denominaciones distintas que explicaremos a continuación, además, de poder obtener repercusiones diversas en caso de que los padres contratantes aporten o no su material reproductor. Con todo esto, en último lugar, hablaremos de la posibilidad de que las personas contratantes sean una pareja homosexual, heterosexual o incluso la posibilidad de llevar a cabo este contrato por una persona únicamente para ser padre o madre soltera/o.

2.2. Delimitación conceptual y aclaraciones previas.

Es importante aclarar conceptos en temas tan sensibles como es el de la maternidad subrogada, ya que, es muy frecuente en un debate bioético como este, que los términos empleados contengan por sí mismos una valoración ética. Por ello, con la intención de dejar claro que nuestro estudio pretende no estar sesgado ideológicamente, consideramos importante que, desde un principio, queden claros todos los términos que pueden resultar clave para la comprensión de este tema, y que sean considerados dentro de todo lo posible, como términos neutrales en la valoración ética, la cual examinaremos más adelante en un apartado dedicado a los argumentos de detractores y de defensores de esta práctica. En palabras de Eleonora Lamm “*Mucho se debate sobre la gestación por sustitución o subrogada, que llamo así porque llamar a las cosas por su nombre también hace al reconocimiento de los derechos humanos en juego; utilizar términos peyorativos, como «vientre de alquiler», los viola*”⁶

⁵ SÁNCHEZ, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, S.L, pg. 25-29.

⁶ LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Univesitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.

El tema que abordamos ha recibido múltiples denominaciones⁷, normalmente dependiendo del matiz que se quiera destacar desde la valoración ética de la misma.

El término “gestación por sustitución” es la denominación con la que se introdujo esta TRA en España con la aprobación de la Ley de Reproducción de 1988. En el ámbito médico-sanitario, esta técnica es denominada como “gestación subrogada” o “subrogación”, término mayoritariamente utilizado en la literatura científica consultada. Popularmente, la técnica se asocia con las expresiones “maternidad subrogada” o “vientres de alquiler”, y estos son los términos a los que suelen recurrir los medios de comunicación. Actualmente, en España, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (14/2006) prohíbe expresamente esta práctica reproductiva.⁸

El Comité de Bioética de España⁹ considera que denominaciones como “vientres de alquiler”, “gestación subrogada” o “maternidad por sustitución” son meros eufemismos, que, además, corrige, ya que, en el primer término, no puede considerarse como parte única del contrato el vientre de la mujer, debido a que el proceso lo lleva consigo misma durante nueve meses y, desde esa perspectiva lo correcto sería hablar en términos de “madre de alquiler”. Esta denominación lleva consigo esa concepción de esta práctica como una completa compraventa o arrendamiento¹⁰, por lo cual suele ser más utilizada por detractores, mientras que desde la perspectiva de las personas que han acudido a este procedimiento consideran que denominarla de esta manera implica cosificar y reducir a las mujeres de manera simplista

⁷ Entre las denominaciones más comunes se encuentran: alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación de o por sustitución, gestación subrogada, madre portadora o sustituta, maternidad de sustitución maternidad suplente, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres portadoras o vientre de alquiler, entre otros.

⁸ RODRÍGUEZ-JAUME, M. J., GONZÁLEZ-RÍO, M., & JAREÑO-RUIZ, D. (2019). Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: los estudios. *Política y Sociedad*.

⁹ El Comité de Bioética de España fue creado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (BOE 4 de julio) como un "órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, que desarrollará sus funciones, con plena transparencia, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud".

¹⁰ POLO, S. G. (2017). *¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?* Obtenido de <https://elderecho.com/gestacion-subrogada-o-vientre-de-alquiler> (Consultado el 19 de abril de 2021)

a esa parte de su cuerpo, así lo confirman la AGSE¹¹ y SNH¹², dos de las Asociaciones defensoras de este proceso. En segundo lugar, denominar a esta práctica “maternidad por sustitución” tampoco parece adecuado en tanto que, desde un punto de vista biológico y genético, la maternidad no es sustituible. Por último, el término “gestación por sustitución” o “gestación subrogada” omite el término de la maternidad, por lo que no resulta preciso, ya que la maternidad supone muchas más cosas además de gestar y dar a luz a un niño.

Interesantes son otras denominaciones, como el término de “madre social” empleado por Gregory Weiss¹³, que remite a las mujeres que crían a niñas y niños que no han dado a luz. El término se asocia con distintas realidades familiares: la madre de adopción, la madre de acogida, la pareja del padre o madre de una niña o niño nacido de una relación anterior o, como es el caso, la madre que cría a la niña o el niño gestado por otra mujer.

Dicho esto, y atendiendo al Informe realizado por el Comité ya mencionado, desde nuestro estudio aludiremos de forma indistinta a los términos de “maternidad subrogada”, “gestación subrogada” o “gestación por sustitución”, considerando que, aun poseyendo un matiz valorativo, se va a dejar de lado el debate terminológico para enfocar el análisis estrictamente jurídico y, el ético, aunque este último solo cuando corresponda. Finalmente, no se debe olvidar que la regulación española sobre esta práctica, concretamente el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 2006, a partir de ahora LTRHA, utiliza el término de “gestación por sustitución”, quedando este como el término legal establecido en nuestro país.¹⁴

¹¹ Asociación por la Gestación Subrogada en España

¹² Son Nuestros Hijos

¹³ Investigador de la UCI FACULTY, University of California Irvine. Su laboratorio estudia los átomos, enlaces y moléculas que hacen posible la vida, experimentando nuevas herramientas de análisis de las biomoléculas y desarrollando tecnologías para su control, mejoría y corrección.

¹⁴ España, C. d. (2017). *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada*. Bilbao. Obtenido de: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf, pg. 9-10.

2.3. Clases de maternidad subrogada.

No se puede decir que exista un *numerus clausus* de clasificaciones de maternidad subrogada, ya que, dependiendo de los matices en donde se ponga el enfoque, podemos encontrarnos con diversas modalidades.

Comenzando con una clasificación desde el punto de vista médico, dada la relevancia que tiene esta práctica desde ese ámbito, atendiendo al origen de la dotación genética estos suelen diferenciar entre la subrogación tradicional y la subrogación gestacional, aparentemente conceptos que a simple vista pueden resultar similares, pero ¿cuál es la diferencia entre ambas? En el primer término, la gestación se lleva a cabo mediante inseminación artificial, es decir, la gestante aporta su material genético, su óvulo, convirtiéndose entonces en la madre biológica del nacido. El proceso de la subrogación gestacional, sin embargo, es diferente, debido a que el embarazo se produce por fecundación *in vitro* (FIV), ya que lo que se hace es implantar un embrión en el útero de la mujer que va a gestar, teniendo como consecuencia que no existe relación genética entre ella y el nacido. Esta diferencia que se hace entre una modalidad u otra, puede dar lugar a consecuencias jurídicas distintas que veremos más adelante. Además, dentro de esta clasificación, cabe decir que en la subrogación gestacional, puede distinguirse también el embarazo en el que el embrión no tenga ningún vínculo genético con los comitentes, en este caso, tanto los gametos masculinos como el óvulo femenino, habrán sido fruto de una donación, mientras que en el otro caso, puede que exista vínculo genético con los comitentes, con ambos, en caso de que los dos aporten su material reproductor o tan solo de uno, que aporte su vínculo genético y lo fecunde con otro material proveniente de un donante.¹⁵ Una clasificación más genérica dentro de este ámbito médico, sería la causa de la gestación subrogada, pudiendo deberse a razones médicas como infertilidad, enfermedades en el aparato reproductor femenino, incapacidad o imposibilidad biológica de cualquier tipo, como podría ser una pareja de varones o un hombre que desea ser padre soltero. Más debatidos aún, son otras causas como razones profesionales, sociales o personales, debido a que no se trata de una imposibilidad que pueda considerarse justificable, sino que no se quieren afrontar los inconvenientes y consecuencias derivados de la gestación, pasando a asumirlos otra persona. Más adelante observaremos como algunos

¹⁵ ÁLVAREZ, H. Á. (2019). Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: la inscripción en el registro civil. *Revista jurídica de castilla y león*, PG.88.

países, como Portugal, permiten esta práctica solo en casos de imposibilidad médica, mujeres sin útero o con enfermedades que afecten al aparato reproductor.

Por último, en referencia a los aspectos técnicos empleados, el contrato puede realizarse mediante inseminación artificial o por FIV, siendo este último el más utilizado, pudiendo requerir de una o varias estimulaciones ováricas e implantándose uno o varios embriones. En casos de gestación múltiple, como podría ser mellizos, gemelos, trillizos, etc., puede preverse una reducción embrionaria, eliminando alguno de los embriones implantados, provocando esto, además de un gran debate ético, un nivel de riesgo más alto para la gestante. Otro criterio atiende a la existencia o no de vínculo afectivo familiar entre la gestante y los comitentes, ya que, en caso de existir, pongamos el caso de que preste el servicio una persona tan cercana como una hermana, una madre, o una prima, existiendo en esos casos un doble vínculo con la mujer gestante, el derivado de la gestación y el de la filiación legal. Este tipo de gestación subrogada entre personas con vínculo afectivo familiar está permitido en varios países, como, por ejemplo, Brasil.¹⁶ En el caso de no existir vínculo familiar o afectivo, la gestante será una mujer cualquiera que se preste para llevar a cabo el servicio, planteándose algunas regulaciones que se lleven a cabo por mujeres dedicadas profesionalmente a esta práctica, muy cuestionable debido a las limitaciones del cuerpo humano.

Entre otras clasificaciones, atendiendo a la finalidad con la que actúa la madre gestante, se puede diferenciar entre gestación altruista, en la cual la mujer no recibe contraprestación por sus servicios, pudiendo tan solo estipularse una compensación por los gastos o por la pérdida de ingresos ocasionada durante los nueve meses de gestación. A la inversa, puede ser lucrativa, caracterizándose por la contraprestación obtenida por la madre que gesta al niño. Las características establecidas en cada contrato pueden variar también con respecto a la relación jurídica entre comitentes y gestante, encontrando en algunos casos contratos minuciosos y otros más genéricos, siendo usual que en los casos de maternidad subrogada comercial medie un agente, ya sea una agencia privada o pública o una persona que ponga en contacto a los comitentes con la gestante velando por un buen desarrollo del proceso. Para ello habrá que atender a la existencia o no de un marco legal que garantice la seguridad

¹⁶ En Brasil no existe una ley específica sobre gestación por sustitución, sin embargo, mediante una resolución del Consejo Federal de Medicina, se permite cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación para la mujer o en caso de unión homoafectiva, sin embargo, entre los requisitos encontramos que la gestante deberá pertenecer a la familia de uno de los comitentes en una relación de parentesco hasta el cuarto grado (Artículo 7 de la Resolución nº 2013/13 del 16 de abril de 2013).

jurídica de este negocio. Analizaremos más adelante las distintas posibilidades, existiendo países que la regulan pero que no consiguen garantizar su cumplimiento, países que no la han regulado todavía y países donde existe una normativa precisa y clara que se cumple e impone consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento. Interesantes y controvertidos son los casos de subrogación internacional, donde se confrontan legislaciones distintas u no coordinadas, creando situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica, preocupando especialmente la situación del niño nacido. Deriva de esta última mención, otro tipo de agrupación, atendiendo a la localización geográfica de los comitentes y de la gestante, pudiendo ser ambos del mismo país, o incluso tener proximidad territorial y mantener un contacto de forma continua durante la gestación, y en ocasiones, una vez acontecido el parto y entregado el niño, sin embargo, más complejidad requieren las situaciones en las que los sujetos son de diferentes países, debido a que la madre gestante va a dar a luz en un país distinto que el de los comitentes, pudiendo en algunos casos llevar a situaciones jurídicas muy complicadas, sobre todo en lo concerniente a la filiación del recién nacido y a su registro civil en el país de los comitentes, presumiéndose además, que en estos casos internacionales no existía relación previa entre los sujetos de este acuerdo, ni que la habrá una vez entregado el niño.

Poniendo el foco en las condiciones de la entrega del niño, existe la posibilidad de acordar que la madre gestante no renuncie a la maternidad hasta que dé a luz, teniendo libertad en los días posteriores para decidir si entrega al niño o finalmente se queda con él para criarlo, mientras que, en otros casos, no se establece esa posibilidad de decisión postparto, sino durante el parto, quedando la madre obligada a la entrega del niño una vez dé a luz. La cuestión principal en este tipo de clasificación es que en los casos de gestación retribuida resulta prácticamente imposible reconocer esa libertad de decisión a la madre gestante, siendo más común, en su caso, que la renuncia sea antes del parto, pudiendo incurrir en responsabilidad en caso de incumplimiento.

Dentro de esta misma clasificación podemos derivar en el nivel de conocimiento y de libertad de la mujer gestante ya que, suele darse por supuesto que la mujer gestante actúa con plena libertad y conocimiento a la hora de llevar a cabo este servicio, pero es evidente que no siempre es así, porque cada caso concreto tendrá sus circunstancias concretas, y la realidad nos dice que abundan las situaciones en las que escasean las garantías jurídicas en relación con esta práctica, determinando esto tanto el nivel de conocimiento como la libertad de decisión por parte de la gestante.

Una vez explicadas las más relevantes clasificaciones de esta materia, se observa cómo en ocasiones, un convenio de este tipo puede dar lugar a infinidad de controversias, desacuerdos, inseguridad jurídica y situaciones delicadas y difíciles de resolver. A lo largo del trabajo se irán comprendiendo mejor estos diferentes tipos de maternidad subrogada en el contexto de un mundo globalizado que mantiene distintas regulaciones que permiten o prohíben unas u otras formas de esta práctica atendiendo a diferentes justificaciones. A pesar de la enorme cantidad de casos que han llegado a los tribunales de forma creciente en las últimas décadas, llama la atención que no se haya conseguido llegar todavía a un acuerdo internacional que trate esta materia, dejándose plena libertad a los países para su regulación sin atender a los problemas que pueden derivarse en el ámbito jurídico internacional.

2.4. Principales cuestiones diferenciadoras de la maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida y adopción.

No son pocos los argumentos que, con el fin de relativizar la trascendencia de esta práctica, se apoyan en una argumentación basada en asimilar la maternidad subrogada con el fenómeno de la adopción. Sin embargo ¿es esto correcto? Realmente si afirmamos que estas prácticas son igualables, estamos cayendo en un reduccionismo basado en que existe una distinción entre la madre biológica y la madre legal, pero se deja de lado un trasfondo muy importante, que en gran parte se convierte en nuestro objeto de estudio aquí.¹⁷

Atendiendo a la adopción desde un punto de vista legal, puede definirse como una decisión judicial por la cual un niño o una niña nacidos en una familia concreta se convierten en el hijo o la hija de otra familia, perdiendo la vinculación jurídica con su familia de origen y convirtiéndose a todos los efectos y para siempre en descendiente de la familia adoptiva. El hecho de que precise de intervención judicial se justifica no solo por el cambio en la filiación del niño, sino para asegurar que se lleva a cabo con todas las garantías necesarias.¹⁸ Realmente, la adopción pone su enfoque en llevar a cabo los derechos del niño a tener una familia, no el derecho de los padres a tener una familia. Los largos procesos que conlleva la adopción se

¹⁷ Comité de Bioética de España, op. cit, p. 2.

¹⁸ Social, M. d., & Palacios, J. (2009). *La aventura de adoptar: Guía para solicitantes de adopción internacional*. Obtenido de: https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/PUBLICACIONES/PDF_PUBLICACIONES/LaAventuraDeAdoptar.pdf

justifican en asegurar que se realiza con las suficientes garantías y que no se produzcan casos de tráfico de menores.

Hablamos pues, de la principal diferenciación entre el proceso de adopción y el proceso de gestación subrogada. Mientras que, en la primera, en la adopción, no existe un acuerdo previo entre la mujer que va a gestar al niño y las personas que asumirán después la paternidad o maternidad de ese niño, la segunda tiene como principal característica ese acuerdo. Cuando hablamos de maternidad subrogada, estamos realmente ante un verdadero contrato de comisión, con el matiz de que, en medio de ese contrato, como objeto de este, se encuentran personas humanas, entre estas, dos partes especialmente vulnerables y afectadas, que son, la mujer gestante y el niño resultante de esa gestación.

Algunos argumentos se oponen a la maternidad subrogada en cuanto consideran que esta práctica desprecia la adopción, la cual busca amparar los derechos de los menores ya nacidos que necesitan unos padres, restan importancia a esta forma de dar una oportunidad a esas personas ya nacidas, ignorando, además, la esencia real de lo que supone ser madre o padre, que consiste en dedicar la propia vida a cuidar, criar y educar en valores a otra persona al menos durante su minoría de edad.¹⁹

3. HABLEMOS DE DATOS. ¿CUÁL ES LA REALIDAD ACTUAL DE ESTA PRÁCTICA?

Con sinceridad, cabe decir que no ha sido un camino fácil acceder a datos reales y actualizados sobre esta práctica. La realidad es que en España cualquier dato relacionado con la maternidad subrogada no se aborda con la transparencia que merece, sin embargo, nuestro interés por el asunto y el afán por la investigación nos llevó a indagar profundamente, sin conformarnos con meros datos básicos. Así pues, nos pusimos en contacto con la periodista del ABC Elena Calvo Tomás, la cual había escrito un reciente artículo periodístico²⁰ que

¹⁹ PUIG, A. M. (Segundo semestre 2017). EL DEBATE SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA: ENTRE EL DESEO, LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, pg. 154.

²⁰ CALVO, E. (22 de 02 de 2021). España ha inscrito a más de 2.300 niños nacidos por gestación subrogada en los últimos diez años. *ABC*. Consultado el 15 de abril de 2021, de https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033_noticia.html

destacaba entre todos los demás sobre esta materia por su transparencia. Así, con los documentos que ella misma nos facilitó, junto con nuestra petición de datos oficiales registrados sobre la materia al UIT Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a través del Portal de Transparencia²¹, pasamos a exponer la realidad de este tipo de convenios en nuestro país, sin la opacidad que demuestran nuestras instituciones para encubrir cómo de forma tácita reconocen esta práctica. Los datos a los que hemos conseguido acceder, atienden a las cifras derivadas de esta práctica desde el año 2010 hasta principios de 2020, quedando la mitad del año 2020 borroso en cuanto a datos debido a la pandemia de la Covid-19, y consiste en una realidad de al menos 2.311 menores nacidos por gestación por sustitución en el extranjero por causa de peticiones españolas que tras el nacimiento presentaron la correspondiente solicitud de inscripción, de las cuales, han sido inscritas 1974 por el Gobierno español en nuestro país, en las oficinas consulares y misiones diplomáticas, dividiéndose esta contabilidad entre los años 2010 a 2016, con 948 peticiones de inscripción, y una cifra de 1707 solicitudes que constatan un incremento de esta práctica entre los años 2017 y 2020, aceptándose un total de 1410 inscripciones. La mayoría de las denegaciones tiene lugar en Ucrania, uno de los países al que más barreras se han impuesto desde España, como se explica más adelante en el apartado que aborda el contexto de las Instrucciones de febrero de 2019.²²

Sin embargo, además de las elevadas cifras de inscripciones de niños nacidos por esta práctica, se observa un porcentaje bastante mayor de aceptación, ya que, frente a 1974 solicitudes aceptadas, tan solo encontramos 36 denegaciones y 297 suspendidas, encontrando una falta de coincidencia con la cifra total debido a que algunas se encuentran todavía en pleno trámite, estudiándose, sin respuesta.

Haciendo un breve desglose de los datos más importantes, elegidos por su especial relevancia, pasamos a analizar los gráficos de elaboración propia que se adjuntan en el correspondiente apartado de anexos y que han sido realizados con los datos aportados por el Portal de Transparencia tras nuestra petición.

Así, en primer lugar, observando los datos de solicitudes llegadas desde el continente americano, encontramos tan solo un 1.13% de denegaciones, siendo el número total de inscripciones realizadas de 959. Es innegable que la tendencia es de aceptación a todas las

²¹ Portal de Transparencia de la Administración General del Estado
Página web disponible en: <https://transparencia.gob.es/>

²² En el apartado 6.1.1.

solicitudes provenientes desde este territorio, teniendo como consecuencia que aquellas familias que tienen una capacidad económica suficiente, acudan allí para llevar a cabo la gestación por sustitución, encontrándose los sitios con mayor tasa en EEUU, encabezando Los Ángeles (321), seguido de San Francisco (247), y Chicago (133). (ANEXO 1)

El panorama en Europa es algo más complejo, encontrándonos con un porcentaje de 21.33% de solicitudes suspendidas, proviniendo todas desde Ucrania. El lugar más usual para llevar a cabo esta práctica dentro de nuestro continente es Ucrania, en concreto encontramos una cifra de 1200 solicitudes desde la capital, Kiev, de las cuales se encuentran suspendidas al menos 256, provocándose este fenómeno desde el año 2019, consecuencia de las controversias que surgieron en aquel año, que se explican en uno de los capítulos siguientes. No podemos hablar sobre la situación actual por causa de la ausencia de datos desde el inicio de la pandemia, siendo poco precisos y creíbles los datos reflejados del año 2020. (ANEXOS 2 y 3). En último lugar cabe mencionar las 3 únicas solicitudes denegadas, provenientes de Praga.

En último lugar, atendiendo a otros puntos del planeta donde también tienen lugar este tipo de contratos, encontramos a Ankara (Turquía) donde el porcentaje de aceptación es bastante bajo (7,54% solicitudes aceptadas), con tan solo 4 inscripciones de 53 solicitudes presentadas. Justo lo contrario ocurre en Bangkok (Tailandia) con un 100% de aceptación de las solicitudes. En Rusia, sorprende ver como Moscú, se encuentra con 9 inscripciones de las 14 solicitudes presentadas, mientras que en San Petersburgo se encuentran suspendidas todas las solicitudes presentadas. (ANEXO 4)

A modo de balance final, se adjunta un gráfico de elaboración propia en el que se puede observar la relevancia de este tipo de inscripciones en nuestro país, de niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, para el cual, se han sumado los datos anuales de cada sitio del mundo, recopilados en la tabla que se adjunta en el correspondiente apartado de anexos, obteniendo un total final que sirve como referencia y guía, ya que, como se ha explicado anteriormente, este tema no goza de la transparencia adecuada, y no se puede garantizar una completa exactitud. (ANEXOS 5 y 6)

4. ANÁLISIS REALIZADO POR EL COMITÉ DE BIOÉTICA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.

4.1. Introducción a la crítica de detractores y defensores.

Ha quedado claro a lo largo de este estudio, que estamos ante uno de los temas más controvertidos en materia jurídica, existiendo un abigarrado conjunto de opiniones que se reflejan en diversidad de legislaciones en todo el planeta. Cabe comenzar este apartado precisando que la procreación, en sentido estricto, es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual, debiendo el Estado reconocer el máximo nivel de autonomía, pero, siendo imposible que quede completamente al margen de este ámbito en cuanto que están en juego intereses que deben ser protegidos, como en este caso.²³

A modo de introducción cabe decir que se encuentran dos posiciones perfectamente separadas en este debate, por un lado los que son detractores de una permisón legal de la gestación por sustitución, o que consideran que debería estar completamente prohibida, inhibiendo su práctica internacionalmente y reforzar esta prohibición considerando nulos los contratos realizados en el extranjero; mientras que por otro lado encontramos a defensores de esta práctica considerándola como una técnica de reproducción asistida, concibiéndose por algunas personas como un derecho que debería regularse y permitirse en nuestro país.

Para ir aproximándonos a los argumentos que defiende cada uno, quienes se oponen a esta práctica, suelen refugiarse en la explotación y la mercantilización de las mujeres y de los menores, llegando a considerarlo tráfico de menores, mientras que los defensores, consideran que estamos ante un derecho que deriva del derecho a la reproducción humana y que debe regularse mediante una renovación de nuestra legislación que se ha quedado anticuado en la consideración de ciertas instituciones, como la de la familia o el matrimonio, y que debe renovarse y adaptarse a las corrientes sociales predominantes.²⁴

²³ GÓMEZ, M. G. (2019). *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*. Instituto Complutense de Estudios Internacionales. Madrid: WorkingPapers. (pg. 7). Obtenido de: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/>

²⁴ PUIG, A. M. (Segundo semestre 2017). El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*.

4.2. La posición del Comité de Bioética.

A modo de introducción, debe decirse que el Comité de Bioética fue creado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, a partir de ahora LIB, siendo consagrado como un órgano colegiado, independiente, de carácter consultivo caracterizado por llevar a cabo sus funciones de manera transparente y objetiva, tratando materias con implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, así como establece el artículo 77 de la misma ley citada, emitiendo informes, como este que vamos a estudiar, así como propuestas y recomendaciones para los poderes públicos, entre otras funciones.²⁵

Entrando ahora en la materia que nos importa, vamos a analizar el Informe realizado por el Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, el cual se compone de tres bloques principales y una conclusión final, comenzando por una introducción de la gestación subrogada con sus clasificaciones, las condiciones para el debate y los aspectos científicos, seguido de los aspectos éticos de esta práctica en el bloque II, donde más vamos a incidir, ya que abordan las cuestiones o problemas que afectan a las partes más vulnerables en esta práctica, así como la mujer gestante y el menor, analizándolo desde la perspectiva ética.

Desde el punto de vista de la mujer gestante surge en primer lugar la cuestión ética de qué criterio debe prevalecer para determinar la filiación, pudiendo ser la voluntad procreativa, o la base biológica, es decir ¿sigue importando vincular gestación y maternidad?²⁶

Es evidente, que la vinculación entre gestación y maternidad resulta un obstáculo que debe disolverse para lograr una libertad e igualdad procreativa, siendo esto justificado por los que sostienen este criterio, como que la ruptura entre gestación y maternidad es mucho menos importante que la satisfacción de tener un hijo por parte de alguien que no puede, o no quiere gestarlo. Sin embargo, el Informe considera que el vínculo existente entre gestación y maternidad no se debe relativizar porque otorga gran seguridad tanto jurídica como familiar, ya que mantiene unos mecanismos legales cuya finalidad es dar continuidad entre la maternidad genética y fisiológica y la madre legal, además de considerar como base fundamental tanto el deseo de ser madre, como atender a las obligaciones y responsabilidades

²⁵ Comité de Bioética de España. Página web oficial: <http://www.comitedebioetica.es/>

²⁶ España, C. d. (2017). *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada*. (Págs. 21-24)

que supone. Con todo esto, se exponen tres argumentos a favor del criterio de la voluntad procreativa, con sus respectivas respuestas que atienden a la insuficiencia de estos criterios para poder llevarse a la práctica. Apelando en primer lugar a un derecho que todo individuo debe tener a ser padres que justifique el acceso a la tecnología para superar los obstáculos que la biología impone, obteniendo esto como respuesta que está por ver cuál debería ser el contenido del derecho al hijo, en segundo lugar, consideran que quienes respetan determinados límites biológicos son naturalistas que convierten la biología en una regla moral inapelable, no siendo esto así, ya que quienes defienden que tiene que ser madre la que dé a luz no necesariamente incurren en una falacia naturalista, puede que se refieran a los riesgos desproporcionados que podrían producirse, mientras que en último lugar se asegura que reconocer algún criterio ordenador en la biología humana es una opción moral que podrá ser tolerada pero nunca convertida en criterio de ordenación de sociedades plurales como las nuestras, a lo que se da la respuesta de que vincular maternidad y gestación es una opción moral al igual que lo es proclamar la soberanía de la voluntad creativa, sin embargo, lo importante es determinar si alguna de estas dos posiciones es la adecuada para regular la procreación y la relaciones de filiación en una sociedad democrática como la nuestra.²⁷

Es más que evidente la posición que adopta este informe a favor del criterio biológico, justificándose en todo momento es los riesgos que supone para la dignidad y la libertad tanto de la mujer gestante como del niño concebido por este proceso.

El otro aspecto que aborda el Informe, es el de hasta qué punto puede considerarse que la mujer gestante es libre²⁸, exponiendo tres supuestos que generan diferentes valoraciones éticas.

Se habla en primer lugar de la licitud de la gestación subrogada altruista, dado que, hacerse cargo de la gestación de una criatura y que desarrolle en su útero los primeros meses de vida, supone una situación comprometida para esa mujer, sin embargo, los defensores de llevar a cabo esta acción de manera desinteresada lo ven como una oportunidad de dar un hijo a aquellos que no pueden, planteando esto dos dudas principales. En primer lugar ¿debe permitirse que una mujer lleve a cabo esta acción? Al tratarse de una esfera muy vinculada con la dignidad humana, al exigirse gratuidad se considera que la persona va a actuar con mayor libertad, a diferencia de la vulnerabilidad que se genera al actuar mediante

²⁷ Ídem

²⁸ España, C. d. (2017). *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.* (Págs. 24-28)

contraprestación, pero es imposible presumirla por completo y por ello es necesario restringir esta práctica o prohibirla. En conclusión, en estas situaciones controvertidas la gratuidad opera como garantía para evitar situaciones de vulnerabilidad.²⁹ Sin embargo, con todo esto, se acaba comprobando que la gestación altruista viene acompañada de la comercial por dos razones, o se acaba aceptando en el país que reguló la altruista o porque acaban acudiendo a la gestión comercial en el extranjero porque no pueden mediante la altruista.

En segundo lugar se plantea la licitud de cualquier forma de gestación subrogada, ya sea altruista o comercial, siempre que excluya la explotación, poniendo como argumento principal que la mujer es dueña de su cuerpo y puede disponer de sus capacidades autónomamente como ella considere, siendo por tanto lícito que se preste a gestar, ya sea mediante contraprestación o sin ella, sin embargo, aquí encontramos el gran problema de no incurrir en una explotación, como sucede con situaciones análogas como la compraventa de órganos o la prostitución. Ante lo expuesto, suele existir un amplio consenso sobre la plausibilidad de prohibir la gestación subrogada con carácter comercial, atendiendo tanto a la propia experiencia, de que las mujeres que se prestan para gestar son en general, de países pobres, con la excepción de EEUU, que necesitan paliar sus necesidades económicas, junto con el estigma social al que se someten esas mujeres.

Por último, se plantea la ilicitud de la gestación subrogada, con dos argumentos principales, el primero se refiere a la instrumentalización de la mujer, como medio para gestar a un niño, lo cual es refutable, ya que, siendo cierto que cuando prestamos nuestros servicios a cambio de una remuneración, consentimos cierta instrumentalización, pero, salvo en el caso de que las condiciones sean abusivas o se aliene a la persona, donde sí que se afectaría a su libertad o corporalidad. Así como Kant dijo en su ética de imperativos categóricos, “ninguna persona puede ser empleada como medio para un fin, ya que la dignidad se antepone a la cosificación de la persona, la cual supone la manipulación de la individualidad humana”.

Expuestas las cuestiones más importantes en relación con la mujer gestante, se pasa a analizar los supuestos que ponen en compromiso la dignidad y la libertad del menor. La primera cuestión que se plantea es si es bueno para los niños ser resultado de una gestación por sustitución, cuya respuesta será diferente dependiendo de cómo se conciba la gestación

²⁹ A este respecto, cabe mencionar los Informes del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO sobre el respeto a la vulnerabilidad humana e integridad personal de 2013 (Report of the International Bioethics Committee of UNESCO on the principle of respect for human vulnerability and personal integrity) y sobre el principio de participación en los beneficios de 2015 (Report of the IBC on the principle of the sharing of benefits).

subrogada, es decir, por parte de los que vinculan gestación y maternidad como una garantía fundamental para la dignidad y el desarrollo del niño, que defienden la gestación como requisito necesario para atribuir la filiación, consideran que cualquier tipo de reemplazo de la gestación materna conlleva una amenaza para los niños engendrados, porque, a pesar de que no niegan la importancia de la voluntad de ser padres, asocian esta al aspecto biológico, concibiéndolos como inseparables, porque es de esa manera como se provee al niño de manera idónea de unos orígenes y de una vinculación intrapersonal desde el primer momento de su existencia y durante el resto de su vida. Mientras que, contraponiéndose a esta concepción, se encuentran los defensores de la soberanía de la voluntad reproductiva, que conciben los aspectos biológicos como límites y barreras, calificada como tirana sobre la libertad individual, tanto de los padres comitentes que van a sumir la paternidad como de la mujer que va a gestar a un niño sin asumir su maternidad y abogan por dar más valor al deseo individual, relativizando a su vez la relevancia asociada a la gestación. Desde esta última postura se considera un avance cualquier medio tecnológico que consiguiese desligar la gestación de los hijos del útero de la mujer, ya que incrementaría las posibilidades de reproducción.

Ante estas cuestiones, las respuestas de la mayoría del Comité consideran que no debe relativizarse la importancia de la gestación en el proceso de procreación, debiendo dar protección al vínculo desarrollado con la madre biológica, existiendo un mínimo de miembros que consideran que ese vínculo podría romperse siempre que se respeten los derechos de la gestante y del niño, ya que reconocen que existen riesgos sobre la dignidad y la libertad tanto de la mujer gestante como del niño.

En relación con los riesgos que recaen sobre la dignidad y la libertad del niño engendrado mediante este método, se aborda el peligro del tráfico de niños, aludiendo en primer lugar al Artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que considera como venta de niños a la gestación por sustitución en la que medie dinero³⁰ Pudiendo imponer ante esta afirmación, la defensa de los casos en que los niños habidos mediante esta práctica tengan carga genética de los comitentes, convirtiéndose en padre legal, sin embargo, incluso en estos casos, existiría una persona que se desprende del niño que ha

³⁰ 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”.*

engendrado y dado a luz mediante dinero.³¹ Ante estos riesgos de la maternidad subrogada comercial concebida como compraventa, podría plantearse como alternativa lícita la maternidad subrogada altruista, exponiendo el Informe un principal inconveniente, relativo al objeto de esa relación entre la mujer gestante y los comitentes, donde existen dos posiciones, los que conciben esta práctica como una prestación en la que los padres exhiben su voluntad procreativa y la mujer da su consentimiento, considerando desde esta postura que el niño es de los comitentes desde el inicio de la gestación; mientras que otros ponen el enfoque principal en la entrega del niño a los padres comitentes que una mujer ajena ha engendrado, conllevando esto un esfuerzo de 24 horas durante nueve meses, creando un vínculo materno desde el inicio de su formación en su interior, considerándose desde esta postura que el niño es de la gestante, a no ser que renuncie a su maternidad de forma consentida tras el parto, realizándose en dicho caso la filiación a favor de los comitentes.

Con todo esto, se concluye afirmando que dependiendo de cual se considere el objeto de la relación, derivarán consecuencias distintas, ya que, si el objeto es la gestación, lo que sucede es que la madre gestante responde de forma voluntaria a la pretensión de los comitentes durante el embarazo, sin embargo, si el objeto de la relación es el niño, estamos ante una situación de tráfico de niños, aun si fuera altruista.

El riesgo de cosificar tanto al niño como a la reproducción, la inseguridad jurídica que se genera para el niño junto con la explotación de la mujer, los riesgos para la salud y el bienestar del niño, así como problemas relacionados con el conocimiento de los orígenes biológicos del niño, cabe decir finalmente que el comité no se muestra a favor del convenio de gestación por sustitución, así como relata en la Conclusión final expuesta en el informe ya mencionado, junto con una gran cantidad de razones para su rechazo.

³¹ España, C. d. (2017). *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada*. (Pg. 30)

5. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. ANÁLISIS CRÍTICO Y DERECHO COMPARADO.

5.1. Introducción.

Sin dejar de lado que la base de este trabajo es hacer un estudio de la maternidad subrogada desde una perspectiva jurídico-constitucional española, es evidente, teniendo en cuenta la relevancia de esta práctica en el ámbito internacional, junto con el contexto de una sociedad globalizada como la actual, que no podemos dejar de prestar atención a las regulaciones jurídicas de la maternidad subrogada en el resto del mundo, haciendo especial hincapié en aquellos países que más relevancia tengan en relación con el nuestro, realizando un breve estudio de Derecho Comparado, sin olvidar que la regulación de los Estados ha condicionado el desarrollo de la maternidad subrogada internacional. Con todo esto, mencionar los pronunciamientos más relevantes de organismos intergubernamentales resulta de gran interés ya que favorecen una mejor comprensión y contextualización de la materia, mientras que, por otro lado, se llamará la atención sobre casos relevantes y jurisprudencia que marca actualmente el camino de esta materia en nuestro país.

5.2. La maternidad subrogada desde la perspectiva internacional y de Derecho comparado.

5.2.1. Derecho comparado. Análisis de la situación internacional.

Comenzando con un breve análisis del panorama jurídico internacional en esta materia, mencionaremos diferentes países en los que esta cuestión se encuentra prohibida y otros en los que se encuentra permitida, señalando las distintas matizaciones y características principales que encontramos en cada uno de ellos.

En primer lugar, entre los países que se posicionan en contra de esta práctica, destaca Italia, donde el convenio de gestación por sustitución se considera nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, y se encuentra plasmado en el artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40. El matiz que destacamos de esta regulación, para que sirva de comparación con España como ya destacaremos más adelante, es que, en Italia, esta práctica se castiga con pena de tres meses a dos años de cárcel y con multa de 600000 a un millón de euros, a quien de cualquier forma la realice, publicite u organice. Coincide con nuestra

regulación en, que la filiación quedará determinada por el parto, siendo la gestante considerada como madre a efectos legales. En la misma línea de considerar nula este tipo de procreación, se encuentra Francia, en donde se denomina “nulidad de orden público” en su *Code (artículo 16)*³², quedando así considerado desde la sentencia del Tribunal de Casación de 31 de mayo de 1991, que reza así: *“El convenio por el cual una mujer se compromete, aunque sea gratis, a concebir y a llevar a un niño para abandonarlo a su nacimiento, contraviene tanto a principios de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano, como de la indisponibilidad del estado de las personas”*; Además, el Código Penal Francés, castiga con un año de prisión y multa de 15.000 euros quien lleve a cabo o simplemente lo intente³³ un convenio de este tipo de forma gratuita, duplicándose las penas en caso de intermediar dinero.

En Alemania, la ley alemana de protección del embrión³⁴, en su primer artículo trata la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, sancionando con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de multa, importándonos los apartados 1, 2, 6 y 7, a quien, en primer lugar, procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra, así como a quien fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo, junto con la retirada de un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección y finalmente, quien practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento. Sin embargo, llama la atención el párrafo tercero, que establece que no se sanciona ni a la gestante ni a los comitentes.³⁵ Además, se contempla otra prohibición de la

³² Code civil français: Chapitre II : Du respect du corps humain (Articles 16 à 16-9)

³³ En Francia, se castiga también la simple tentativa.

³⁴ Embryonenschutzgesetz-ESchG. La Ley alemana de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90 es una ley penal alemana que regula la fecundación in vitro. Su objeto principal consiste en evitar el uso indebido de las técnicas FIV para generar embriones humanos y protegerlos de usos con fines no lucrativos como la investigación.

³⁵ 3. No serán sancionadas:

- 1) En los casos contemplados en el párrafo 1, incs. 1,2 y 6, la mujer de la cual proviene el óvulo o el embrión, ni aquella a quien se hubiera transferido el óvulo, o a quien se hubiera previsto transferir el embrión.
- 2) En los casos contemplados en el párrafo 1, inc. 7, la madre de sustitución, ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva.

gestación por sustitución en general en la ley de adopción ³⁶, castigándola con una pena de multa. Sin embargo, esto no resulta suficiente, porque, al igual que sucede en España, los ciudadanos alemanes recurren a esta técnica al extranjero para satisfacer su deseo de ser padres, incrementando el fenómeno del turismo reproductivo³⁷, que abordaremos en el apartado correspondiente más adelante.

Vamos a hacer un breve análisis con los aspectos más importantes de los países en los que se permite la gestación subrogada, para observar así las diferentes posibilidades que se ofertan en la actualidad sobre esta materia.

Suecia, se caracteriza principalmente por prohibir el convenio de maternidad subrogada tan solo en los casos en los que exista remuneración, dejando abierta la posibilidad de acudir a esta práctica mediante un convenio altruista.

Continuando con la situación jurídica en Rusia, esta práctica está permitida para parejas o para mujeres solteras, los cuales tienen el derecho a participar en el programa de maternidad subrogada, quedando fuera de este acceso las parejas del mismo sexo y los hombres solteros, justificándose esto con la exigencia de que concurren determinadas circunstancias médicas específicas referidas a la imposibilidad de gestar por problemas de salud para recurrir a la gestación por sustitución.³⁸

La situación en Ucrania se caracteriza por ser completamente permisiva en esta materia, siendo posible hasta escoger el sexo del bebé. Tiene establecido en su Código de Familia que los comitentes serán legalmente los padres del niño fruto de este contrato³⁹, significando esto que la ley no confiere a la gestante ningún derecho sobre el niño que lleva en su vientre durante nueve meses, sin existir la posibilidad de arrepentirse de la prestación del consentimiento y cesar el contrato una vez puesto en marcha, e impidiendo, además, que la gestante reclame la filiación materna respecto del niño concebido con material genético de

³⁶ Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG). Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html

³⁷ LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Univesitat de Barcelona, Publicacions i Edicions. Pg. 125

³⁸ SVITNEV, K. (24 de Julio de 2012). *Open Access Scientific Reports*. Obtenido de New Russian Legislation on Assisted Reproduction: <https://www.omicsonline.org/scientific-reports/srep207.php#:~:text=>

³⁹ Artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania.

los dos comitentes⁴⁰. Como límite, dentro de la legislación ucraniana, encontramos que solo tendrán acceso a la gestación subrogada parejas heterosexuales casadas o personas individuales.⁴¹ Y, además, dentro de los requisitos de los comitentes, encontramos que la pareja (de hombre y mujer) debe estar casada, ya que gozan de este derecho de ser registrados como padres del hijo genético concebido así, los “cónyuges”. La no permisión de acudir a esta práctica por parte de una pareja homosexual, cobra sentido atendiendo al contexto de que en Ucrania sólo se permite el matrimonio heterosexual, siendo además reforzada esta prohibición cuando en el Parlamento modificó el anteriormente mencionado artículo 123.2 del CFU, introduciendo entre corchetes la aclaración (“un hombre y una mujer”), después de “concebido por los cónyuges”⁴²

Otro de los requisitos, es la necesidad de que los comitentes presenten un certificado ante el registro que acredite que el material genético usado pertenece al menos a uno de ellos, para que así pueda, una vez nacido el bebé, ser registrados como padres de un niño nacido por este medio, sin que quepa la posibilidad de llevar a cabo el embarazo con material genético aportado por donantes únicamente.⁴³

En último lugar, mencionar el requisito de que los comitentes deben ser incapaces de concebir u obtener un hijo de manera natural por diversas causas acreditadas, concretamente, el Ministerio de Salud de Ucrania, emitió una instrucción denominada “Instrucción sobre la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida”⁴⁴, en la que se incluye la gestación por sustitución como una TRA, y donde hace hincapié en estos requisitos, incidiendo en que se llevará a cabo la gestación subrogada tan solo en casos de infertilidad de los cónyuges o que conlleve alto riesgo, así como en casos de ausencia de útero, deformación de la cavidad uterina que imposibilite el embarazo o el parto, enfermedades severas que puedan interferir

⁴⁰ Artículo 139.2 del Código de Familia de Ucrania.

⁴¹ GONZÁLEZ, S. V. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14.

⁴² Idem. LAMM, E. (2013). Pg.175.

⁴³ Idem. LAMM, E. (2013). Pg. 176

⁴⁴ Instruction on the Application of Assisted Reproductive Technologies, aprobada por el Ministerio de Salud de Ucrania, nº 771, de 23 de diciembre de 2009, importante por considerar legalmente la maternidad subrogada como TRA. Actualmente en vigor la “Instruction on Procedures for Assisted Reproductive Technologies”, Nº. 787 of 09/09/2013, aprobada por el mismo órgano, introduce algunos cambios en la materia.

durante el embarazo o, también, tras múltiples intentos fallidos de implantación, es decir, se pide agotar las vías de lograr un embarazo natural. Remarcar dos cuestiones finales dentro del ámbito ucraniano, en primer lugar, debe quedar claro que la mujer gestante no puede aportar su material genético, porque en tal caso, la madre gestante y la genética sería la misma persona, imposibilitando esto el registro de la madre comitente como madre del niño⁴⁵, pero, como ya dijimos antes, el requisito es que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, lo que podría llevar a situaciones en que tan solo el padre comitente o la madre comitente aportase su material genético, completándolo con el de un o una donante para después implantar ese embrión en la mujer gestante, por lo que, lo más importante en este punto, es dejar claro que la mujer gestante bajo ningún concepto aportará su material genético. En último lugar, la gestación subrogada en este país se caracteriza por ser comercial, ya que, a pesar de que la legislación no se pronuncia sobre este aspecto, el Código Civil Ucraniano consagra el principio de libertad contractual⁴⁶, quedando entonces permitida la contraprestación por llevar a cabo este contrato, siendo además innegable atendiendo a la realidad. La cuestión de Ucrania, al menos en todo lo relacionado con nuestro país, es muy relevante, ya que abordaremos más adelante los grandes conflictos que han surgido con casos de españoles que acuden a Ucrania para llevar a cabo un contrato de gestación subrogada y las consecuencias y problemas que tienen que abordar a la hora de inscribir al niño en nuestro país, llegando en algunos casos a crear situaciones desesperantes para los padres y de gran dilación temporal.

En último lugar, exponer el ejemplo de nuestro cercano vecino, Portugal, donde se produjo hace relativamente poco un cambio legislativo que llama la atención. En Portugal, se ordena constitucionalmente la protección de la familia, siendo el Estado el encargado de regular todo lo concerniente a las TRA, con el fin principal de salvaguarda de la dignidad de la persona humana, tal como establece el artículo 67.2 de la Constitución Portuguesa de 1976, precedente y hermana de nuestra actual Constitución Española dos años después. Al igual que en nuestro país, la legalidad de esta práctica se determinaba mediante una interpretación extensiva de este precepto legal mencionado y otros similares de diferentes textos legales, hasta que llegó, en el año 2006, para el desarrollo de ese precepto constitucional, la ley 32/2006 en materia de reproducción humana asistida, siendo muy criticada por establecer que las TRA se conciben como un método subsidiario de procreación en los casos de

⁴⁵ Idem. LAMM, E. (2013). Pg. 177

⁴⁶ Artículo 627 Código Civil de Ucrania.

infertilidad o por prescripción médica, demostrando una gran vertiente conservadora ya que, con todo esto, solo se permitía a parejas de hecho o matrimonios heterosexuales, manteniéndose esa barrera impuesta a las parejas homosexuales hasta el año 2016⁴⁷

En la legislación portuguesa se emplea el término “maternidad de sustitución” y ha regido durante mucho tiempo la nulidad de pleno derecho de este tipo de negocios jurídicos, ya fueran gratuitos u onerosos, fundamentándose, al igual que ocurre en España, en la regla tradicional del Derecho Civil que establece que la madre es la mujer que da a luz, a efectos legales, es decir, la ya mencionada regla de “*mater semper certa est*”. Como diferencia principal dentro de la regulación portuguesa en comparación con la nuestra, la mera participación en acuerdos de este tipo estaba penalizada en el ámbito penal, castigándose con penas de prisión de hasta dos años o pena de multa. El cambio llegó con el año 2016, cuando tras el intenso debate que se produjo en la Asamblea de la República, se aprobó la famosa ley 25/2016, reguladora de esta materia, legalizando la gestación por sustitución, aunque no de manera absoluta. Y, es que llaman la atención los límites impuestos en esta ley, que establece el acceso a esta práctica en los casos o de “ausencia de útero, de lesión, de dolencia de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo”, además de añadir otras condiciones clínicas en las que puede llevarse a cabo. De entre las condiciones más importantes a destacar de esta ley, está la obligatoriedad de que el contrato sea gratuito, quedando prohibida la contraprestación económica por llevar a cabo el embarazo, sin dejar de lado que en Portugal no existe Seguridad Social, por lo que los gastos médicos correrán por cuenta de los comitentes, pudiendo dispararse el coste total del proceso⁴⁸. Pueden llevar a cabo este proceso tanto nacionales de Portugal como ciudadanos extranjeros que sean parejas heterosexuales casadas o no, o mujeres lesbianas, sin embargo, quedan vetados tanto los varones solteros como las parejas homosexuales, pero cabe añadir matices a estas afirmaciones, diciendo en primer lugar que en el caso de las mujeres solteras, la legislación de Portugal no permite realizar el proceso en aquellos países que no expiden sentencia

⁴⁷ Ley 17/2016 de 20 de Junho, amplía el alcance de los beneficiarios de las técnicas de procreación asistida médicamente, realizando la segunda modificación de la Ley nº 32/2006 , de 26 de julio (procreación asistida médicamente). Ver en:

<https://dre.pt/pesquisa/-/search/74738646/details/maximized>

⁴⁸ GÓMEZ, M. G. (2019). *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*. Instituto Complutense de Estudios Internacionales. Madrid: WorkingPapers. Obtenido de

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/> (Pgs. 9-10)

judicial, lo que conlleva que no se produzca la filiación a nombre de la madre comitente, además, otro aspecto muy importante a destacar es que la madre comitente que acude a este tipo de práctica en Portugal debe acreditar mediante prescripción médica que no tiene útero, o que debido a otras dificultades de salud reproductiva no puede concebir un bebé, sin hacer mención a otras posibilidades.⁴⁹ En último lugar, la realización y aceptación del tratamiento depende de la autorización del CNPMA⁵⁰) y junto con la opinión de la Odm⁵¹.

Comprobamos, una vez expuestos estos ejemplos, que la regulación de la maternidad subrogada se caracteriza por una gran diversidad, complejidad e inseguridad en los distintos sitios del mundo, pues encontramos países donde está prohibida, otros donde no está regulada, lugares en los que llevan años debatiendo sobre como regularla adecuadamente, y otros en los que se permite, sin embargo, dentro de esta última opción se abre un gran abanico de posibilidades de permisión, encontrando en las distintas regulaciones matices, características y condiciones distintas. En este amplio abanico, existe a posibilidad de que acudan a este convenio como comitentes individuos solos que desean ser padres, o parejas, en unos casos permitiéndoselo solo a heterosexuales infértiles y en otros tanto a heterosexuales como a homosexuales.⁵²

Otra de las diferencias más comunes que se observan entre unas regulaciones y otras, es que algunos solo aceptan la subrogación gestacional, en la que la mujer gestante es fecundada mediante FIV, y otros toleran también la subrogación tradicional, en la que la mujer aporta su material genético propio. Destaca la posibilidad que se da en algunos países de permitir a los comitentes convertirse en padres desde el inicio del embarazo, mientras que otros disponen que la mujer gestante es la madre y una vez dé a luz, podrá renunciar al hijo. En último lugar, cabe mencionar que algunas regulaciones permiten el acceso a los servicios de gestación subrogada a extranjeros, mientras que otros lo restringen solo para los nacionales, observándose, con todo este conglomerado de características, cómo algunas regulaciones

⁴⁹ Ventajas e Inconvenientes de una gestación subrogada Portugal. Agencia Gestión Subrogada Portugal. Consultado en: <https://www.gestlifesurrogacy.com/portugal-gestaci%C3%B3n-subrogada-maternidad-subrogada.php#:~:text=>

⁵⁰ CNPMA Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida: creado para ser responsable de dar su opinión sobre los aspectos éticos, sociales y legales de la PMA.

⁵¹ Ordem dos médicos

⁵² *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.* (Pg. 45-46)

imponen condiciones que restringen esta práctica, mientras que otros establecen un margen de libertad más amplio en este tipo de contratos.

Sin embargo, todas las condiciones mencionadas hasta ahora se refieren al aspecto gestacional, evidentemente cruciales en el tema que abordamos, pero dentro de este conglomerado heterogéneo de regulaciones, no podemos olvidar el aspecto económico, ya que encontramos gran diversidad de condiciones. Las personas que acuden a este tipo de técnica reproductiva suelen, lógicamente, buscar el marco jurídico más seguro, que les garantice la mayor protección de sus intereses, la mayor calidad en los servicios reproductivos y ginecológicos, y, por supuesto, las condiciones económicas más favorables, que dependerán de su nivel de vida, por ello, tendrán que sopesar todos los puntos fuertes y los débiles de cada país para conformar su elección.

Lo que observamos también dentro de este tipo de técnica de reproducción asistida, es que, mientras otras variantes de TRA han sido aceptadas y reguladas en gran cantidad de países como fruto de la revolución genética y científica, con la gestación por sustitución esa implantación se ha visto sesgada en exceso, consecuencia de su vertiente controvertida que da lugar a diversidad de debates, siendo lo más común gestionar este tipo de situaciones mediante recomendaciones, jurisprudencia y propuestas legislativas, sin tener en cuenta que ignorar o prohibir esta regulación no soluciona el problema que tienen las personas que desean tener un hijo y formar una familia, sino que va lastrando las soluciones a ese problema.⁵³

A modo de conclusión de este análisis de Derecho Comparado, cabe decir que, a día de hoy, ante esta compleja realidad, no existe ningún instrumento normativo, ni a nivel internacional ni a nivel regional que regule esta práctica de una forma unificada y común, ni existen posturas que sean aceptadas de forma global, existiendo un amplio abanico de posiciones.

5.2.2. Los principales problemas de la gestación por sustitución internacional

Sin embargo, esto no se queda aquí, ya que, consecuencia de esa posibilidad de movilidad internacional, incrementada en la actualidad también por causa del acceso a internet, es creciente la cantidad de personas que acuden al extranjero para hacer realidad su deseo de tener uno o varios hijos, ya que en su país les resulta imposible llevar a cabo esta

⁵³ Idem. GÓMEZ, M. G. (2019). (Pg. 10-20)

técnica. Sin embargo, como se observa con todo lo explicado hasta ahora, estos acuerdos de gestación por sustitución no son sencillos, por lo que se recomienda siempre dotarse de un asesoramiento jurídico adecuado que comprenda tanto las normas locales de los comitentes como las de la madre gestante antes de iniciar un proceso de esta índole.⁵⁴

Es aquí cuando podemos encontrarnos con los dos problemas principales más usuales. Por un lado, el momento en que los comitentes desean sacar al niño del país donde nació para llevarlo a su estado de residencia. Por otro, una vez llega el niño al estado de residencia de los comitentes y se inicia el proceso de regulación de su situación legal. Traduciéndose a su vez en los dos principales obstáculos que se encuentran al llevar a cabo una práctica de esta índole en el extranjero, siendo estos la incapacidad de los comitentes y del niño de viajar al país de residencia de los comitentes debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje necesarios para el niño y/o la incapacidad de los comitentes para regularizar la situación legal del niño una vez que está en el Estado de residencia de los padres (o durante el proceso migratorio, en su caso).⁵⁵ La primera situación, suele darse en países en los que conforme a sus leyes, se permite la gestación por sustitución y consideran como padres legales a los comitentes, sin embargo, no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, el *ius soli*, provocando la necesidad de que adquieran la nacionalidad de los comitentes por descendencia y establecer su filiación para poder tener acceso a la documentación de viaje, produciéndose en este momento el conflicto, ya que muchas veces es denegado, con fundamento en la prohibición de la gestación subrogada en el país de origen, y que conlleva, que al no reconocer ese acuerdo de gestación subrogada, no se considera a los comitentes como padres legales del niño en el país de origen, sino que esa filiación corresponde a la gestante. Durante esta situación, nos encontramos en un “limbo jurídico” en la que el niño es apátrida y no tiene, además, determinada su filiación, complicándose esto según pasa el tiempo ya que los comitentes no pueden perdurar en ese país por tiempo indefinido.⁵⁶ Como principal ejemplo de esta situación compleja cabe mencionar a Ucrania y las situaciones que se dan cuando españoles acuden a ese país para llevar a cabo este contrato.

⁵⁴ LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Univesitat de Barcelona, Publicacions i Edicions. (Pg. 194-195)

⁵⁵ Idem. (Pg 194-202)

⁵⁶ Idem. (Pg. 196-197)

En la segunda situación, los comitentes, una vez llegan al país de origen o durante el proceso de migración, van a intentar regularizar su situación legal. En los países en los que, conforme a las normas de ciudadanía, el niño allí nacido adquiere esa ciudadanía, como sucede en EEUU, podrá viajar al país de origen sin problemas ya que dispone de pasaporte estadounidense, sin embargo, el conflicto llega cuando por razones de orden público se deniega esa regularización, convirtiéndose en irregular la situación del niño en ese Estado, afectando a su derecho a la filiación, a la adquisición de nacionalidad y a otros derechos el hecho de que no se reconozca a sus padres como legales. Estos casos habitualmente se resuelven de diversas maneras en la jurisprudencia extranjera.⁵⁷

5.2.3. Fenómeno de la “Cross-border reproductive care” (CBRC)

Con el concepto “*Cross-border reproductive care*”, de ahora en adelante CBRC, nos referimos, con la traducción literal al español, a la atención reproductiva transfronteriza, siendo este, un fenómeno que se da a nivel global de manera creciente, planteando dudas como por qué personas que gozan en su país de técnicas de reproducción asistida acuden al extranjero para buscar servicios o tratamientos de este tipo, pero con la peculiaridad de que en los deseos de esas personas se encuentra el acceder a una atención más amplia, un coste más reducido, o, la razón más usual en nuestro país, para evadir restricciones legales del país de salida, donde esa práctica está prohibida⁵⁸. Adoptaremos el concepto de CBRC, debido a su neutralidad, a pesar de la existencia de otro concepto mucho más generalizado, el de “turismo reproductivo”, que fue criticado por la European Society of Human Reproduction and Embryology, a partir de ahora ESHRE, considerando que banaliza las razones por las cuales los individuos acceden a las TRA, actuando este fenómeno como una “válvula de

⁵⁷ Idem. (Pg 202-203)

⁵⁸ Medicine, E. C. (25 de Marzo de 2013). *Cross-border reproductive care: a committee opinion*. Recuperado el 10 de 03 de 2021, de: [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(13\)00396-8/fulltext#:~:text=](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(13)00396-8/fulltext#:~:text=)

seguridad moral” reconociendo autonomía a las personas afectadas por regulaciones restrictivas en sus países en materia de TRA.⁵⁹

Además, la expresión de “turismo reproductivo” es difícilmente armonizable con la idea de “turismo” considerado como viaje de y por placer, a pesar de las nuevas concepciones que se da a este término, referido al turismo de industria, que resulta más coherente con esta práctica y que manifiesta el fenómeno globalizador actual.⁶⁰ Lo más importante es señalar que el “turismo reproductivo” hace referencia al desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRA⁶¹, variando los motivos para llevarlo a cabo, ya que puede ser por evasión de la ley, debido a que se encuentra prohibido el acceso a este tratamiento en el país de origen, o excluido a algún grupo particular, así como las frecuentes listas de espera interminables, junto con la búsqueda de una mejor calidad de atención durante el proceso o simples motivos económicos, ya que existen grandes diferencias de precio en los distintos países que lo permiten.⁶²

En España, llaman la atención los actuales datos aportados por el Instituto Médico Europeo de la Obesidad, que informan de que un 15% de la nuestra población es infértil, incidiendo en que entre los factores cruciales que influyen en la fertilidad se encuentran las alteraciones genéticas u hormonales, junto con la alimentación y el estilo de vida.⁶³ Siendo además nuestro país uno de los que más baja tiene la tasa de natalidad en el mundo, encontrándose en un 7,62 la tasa bruta de natalidad del total nacional en el año 2019, según el INE⁶⁴ Dentro de la

⁵⁹ AMORÓS, E. F. (27-30 de junio de 2010). *European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting*. Obtenido de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/751_es.pdf

⁶⁰ LAMM, ELEONORA. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. UNIVERSITAT DE BARCELONA, 2014. Print. (Pg. 193)

⁶¹ RICHARD F. STORROW, *Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory*, 57 *Hastings L.J.* 295 (2005). Available at: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol57/iss2/2

⁶² *Ibidem* (E.Lamm)

⁶³ Europapress/Murcia. (25 de mayo de 2018). *El 15% de la población tiene problemas de fertilidad debido al estilo de vida y la alimentación de la pareja*. Obtenido de <https://www.europapress.es/murcia/noticia-15-poblacion-tiene-problemas-fertilidad-debido-estilo-vida-alimentacion-pareja-20180526125936.html>

⁶⁴ INE. Instituto Nacional de Estadística. Consultar en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1381>

cuestión de infertilidad, dejando de lado los casos que se deben a cuestiones patológicas, es importante hablar de cómo afecta el estilo de vida y nuestra salud en general a nuestra fisiología, a lo que se suma la presión social y profesional que en las últimas décadas desplaza la edad fértil de las mujeres de forma gradual hasta los 30 años, lo que abre la puerta a que afecte en mayor medida ese estilo de vida junto con las posibles alteraciones genéticas que pueden afectar la fertilidad. Pues bien, tras gran cantidad de estudios clínicos puede decirse que existe correlación directa entre el estilo de vida, el medio ambiente y la salud reproductiva femenina, existiendo alteraciones metabólicas⁶⁵

Este es uno de los conflictos que acarrea la falta de regulación o la prohibición legal en España, a lo que se suman otros relacionados con la existencia de criaturas apátridas, recurrir a la adopción ilegal, la falsedad de identidad, entre otras, que podrían evitarse si se redactara una regulación completa que ofreciera soluciones a estas realidades. Realmente, esta prohibición local en nuestro país, “obliga” a la pareja o persona que desea tener un hijo a acudir al mercado negro, abriendo esto las puertas a posibles abusos e injusticias, naciendo ese “turismo reproductivo” del que hablamos, en términos de la ESHRE⁶⁶

Explicado todo esto y siendo conscientes de las consecuencias que se derivan de este fenómeno, cabe preguntarse ¿Cuáles son los límites al turismo reproductivo? Pues bien, la gestación por sustitución, se practica en bastantes y distintos países del mundo, y son muy diversos los motivos que llevan a estas personas a acudir a esta técnica fuera de su país, poniendo en evidencia que la prohibición de esta técnica o su falta de regulación en condiciones dignas e igualitarias, fomenta el turismo reproductivo y consecuentemente, los inconvenientes que genera. Por ello, una regulación que contemple la gestación por sustitución y su acceso a ella en condiciones de igualdad sería la mejor solución para disminuir este turismo reproductivo y todos los inconvenientes e injusticias que genera.⁶⁷

⁶⁵ BALA, R., SINGH, V., RAJENDER, S. *et al.* Environment, Lifestyle, and Female Infertility. *Reprod. Sci.* **28**, 617–638 (2021).

Ver en: <https://doi.org/10.1007/s43032-020-00279-3>

⁶⁶ ESHRE: “European Society of Human Reproduction and Embryology” - Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología: fundada en 1985 por Robert Edwards y J. Chen, para alentar y reconocer el estudio y la investigación en el campo de la reproducción.

⁶⁷ Idem (Lamm, Eleonora). (Pg. 240)

5.3.El reciente Protocolo núm. 16. El asunto Mennesson y su papel fundador de la opinión consultiva del TEDH.

Este protocolo Núm.16 al CEDH⁶⁸, constituye un mecanismo institucional basado en el diálogo entre jurisdicciones europeas. En él, se prevé que los altos tribunales de los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH) tengan opción de solicitar una opinión consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) para cuestiones relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y las libertades que reconoce el Convenio y sus protocolos. Este instrumento exclusivamente judicial, mejoraría la eficacia de las relaciones entre los órganos nacionales que tutelan los derechos y el TEDH, incorporando *“la idea de permitir que los tribunales nacionales recaben opiniones consultivas destinadas a reforzar la aplicación nacional de la Convención de conformidad con el principio de subsidiariedad”*.⁶⁹

En resumen, la duda que plantee el órgano judicial interno debe referirse a un procedimiento en curso, acompañándose de una motivación que relate los elementos jurídicos relevantes del asunto y su base fáctica. La consulta puede ser elevada por los altos tribunales de los Estados parte, suponiendo esto que cada Estado decidirá qué Tribunales tienen la potestad para imponer esa consulta, de manera que se garantice una preservación de la subsidiariedad y el agotamiento de las vías previas internas.

Es un mecanismo de relación directa entre los tribunales internos y el Tribunal de Estrasburgo que llevaba años contemplado en el Informe de la Comisión de Sabios de 2005, pero hasta 2012 no se inició la redacción de este Protocolo que acabó firmándose en

⁶⁸ Convenio Europeo de Derechos Humanos Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14 completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16 https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

⁶⁹ The Court further observes that, in its Opinion for the Izmir Conference adopted on 4 April 2011, it already found that the idea of allowing national courts to seek advisory opinions aimed at reinforcing domestic implementation of the Convention in accordance with the principle of subsidiarity. - REFLECTION PAPER ON THE PROPOSAL TO EXTEND THE COURT'S ADVISORY JURISDICTION:
Obtenido en: https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf

abril del 2018. Sin embargo, llama la atención como muchos países no lo han firmado, entre ellos, España.⁷⁰

Esta explicación del Protocolo núm. 16 al CEDH viene a colación debido a que una de las primeras decisiones consultivas del TEDH ha sido un caso relacionado con la gestación subrogada, en concreto, el relevante asunto de Mennesson, importante, además, por su papel ‘fundador’ del nuevo sistema explicado.⁷¹

Comenzaremos con una explicación del Caso STEDH de 26 de junio de 2014 en el asunto Mennesson c. Francia.⁷²

A modo de introducción, la Sentencia Mennesson c. Francia tiene como antecedente el hecho de un matrimonio francés que decidió trasladarse a EEUU para, con la aportación de los gametos masculinos del marido y el óvulo de una donante, implantar los embriones mediante la FIV en el útero de una mujer gestante.

Los componentes del matrimonio eran Dominique y Sylvie Mennesson, esta última infértil, causa que les motivó a recurrir California para llevar a cabo su deseo de ser padres, que se cumplió con dos hijas gemelas, donde, además, se reconocía legalmente, en el juzgado de California, a estos como padres de las mismas, constanding el primero como “padre biológico” y ella como “madre legal”.

El problema surgió en su retorno a Francia, donde las resoluciones judiciales previas y finalmente la *Cour de Cassation* les denegaban la inscripción fundamentándose en el artículo 16 de su Código Civil, ya citado anteriormente, que prohíbe y proclama como nula la convención para procrear o gestar, basándose en criterios de orden público. Ante esta compleja situación, una vez agotada la vía judicial en su país, el matrimonio presentó una

⁷⁰ JIMÉNEZ, A. Q. (5 de abril de 2021). *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Introducción: un instrumento institucional de diálogo entre jurisdicciones europeas.* (IberlCONnect, Editor) Obtenido de <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-introduccion-un-instrumento-institucional-de-dialogo-entre-jurisdicciones-europeas/>

⁷¹ *Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH.* (IberlCONnect, Editor) Obtenido de <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-i-los-asuntos-menesson-y-kocharyan-las-primeras-decisiones-consultivas-del-tedh/>

⁷² Caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014.

demanda al TEDH, fundamentándose en una violación del artículo 8 del CEDH⁷³, a lo que el Tribunal contestó favorablemente, declarando que no se viola dicho artículo, pero sí que se infringe el derecho a la vida privada de los hijos, poniendo en grave peligro el interés superior del menor. En palabras literales del Tribunal, este matrimonio se responsabiliza de sus gemelos *«como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual»*.

El margen de injerencia por parte de la autoridad pública que consagra el artículo 8 CEDH acompañado de un margen de apreciación importante por parte de los Estados firmantes, puede verse reducido, matizado o relativizado cuando el problema consista en la filiación, debido a la importancia de este aspecto en la existencia o interés del individuo, que se encuentra en juego. El Tribunal considera que la ausencia de reconocimiento por el Derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres intencionales puede tener como consecuencia la destrucción de la vida familiar del niño, debido a las dificultades que conlleva esa ausencia de inscripción registral o de libro de familia cada vez que es necesario demostrar la filiación para ejercer un derecho o acceder a un servicio, además de la no atribución de la nacionalidad de los padres al niño. Por lo tanto, ese reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales por parte del Tribunal, no se centra solo en las consecuencias sobre los padres, sino que, aún más, lo hace pensando en las consecuencias sobre el menor y la manera en que le perjudican, lo hace que se resuelva, más bien, en favor de este último.⁷⁴

Explicados los puntos más relevantes de la sentencia, cabe continuar diciendo que el sistema francés a partir de ese momento, permitió la inscripción en el registro civil del padre biológico que constaba como tal en el registro extranjero, y abre la posibilidad a la

⁷³ Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

⁷⁴ *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.* (Pg. 56 a 59)

madre de intención de tramitar la adopción de los hijos biológicos de su pareja, dándose por cumplida la resolución de 21 de septiembre de 2017, STEDH.

Sin embargo, no contenta la Cour de Cassation con este nuevo sistema, plantea al TEDH la compatibilidad del nuevo modelo con la Convención, preguntando si exigir a la madre de intención incoar un proceso de adopción, rechazando su inscripción como madre en el momento en que se inscribe al padre biológico, vulnera el anteriormente mencionado artículo 8 del CEDH, y si sería posible, en su caso, diferenciar entre la madre intencional que aporte óvulo y la que no.

Las dos cuestiones clave que identifica el Tribunal son, en primer lugar, si el respeto al derecho a la vida privada de quien nace en el extranjero, gracias a una gestación subrogada, exige el reconocimiento, en un país firmante del CEDH, del vínculo maternofilial con la madre de intención que no ha aportado material genético en el proceso de gestación, a lo que responde de forma afirmativa ya que es exigible, en el marco del respeto de la vida privada y la garantía del interés superior del menor, que el derecho interno ofrezca la posibilidad de reconocer el vínculo materno filial con la madre de intención; mientras que, en segundo lugar, la cuestión radica en el caso de que se derive tal exigencia del art. 8 CEDH, la inscripción del vínculo debe efectuarse tal y como deriva de los documentos extranjeros o puede tramitarse a través de un procedimiento de adopción, ante esta cuestión, el Tribunal transmite su negación a la obligatoriedad de que los estados reconozcan la inscripción automática de esa documentación extranjera, porque reconocen la cabida dentro del margen de apreciación de la exigencia de un trámite de adopción para reconocer la filiación de aquellas madres reconocidas en el extranjero como “madres legales.

Finalmente, una vez recibida la decisión consultiva del TEDH⁷⁵, la posición del TEDH fue asumida por la Cour de Cassation, confirmando, además, la transcripción de los certificados de nacimiento expedidos en EEUU sin reenviar el asunto a la tramitación de un procedimiento de adopción, puesto que, atendiendo a la cantidad de tiempo que llevaba

⁷⁵ Arrêt n°648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) -Cour de cassation - Assemblée plénière - ECLI:FR: CCASS:2019: AP00648. Ver en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html

abierto este asunto, cualquier otra opción supondría una injerencia desproporcionada en el derecho a la vida privada de la familia Mennesson.⁷⁶

A modo de conclusión, cabe reconocer que la opinión consultiva refuerza la interacción entre las autoridades nacionales y el TEDH, sin embargo, atendiendo a los diferentes cuestiones actuará de forma distinta, así, en este asunto concreto lo hace como solicitud de aclaración del alcance y efectos de una sentencia ya dictada por el TEDH, siendo esto una atipicidad muy probablemente imprevista a la hora de desarrollar el modelo, pero que destaca su utilidad y su voluntad de cumplimiento con el Convenio.

Con todo esto, sin evidenciar la importancia del estudiado Protocolo Núm.16 al CEDH, cabe decir que esta jurisprudencia concreta creada a partir del caso Mennesson, no tendría efectos tan relevantes si hablásemos de la misma situación en el caso español, debido a que, como ya se ha ido explicando hasta ahora, en España existe una alta tendencia a reconocer las filiaciones derivadas de gestación subrogada, por motivos bastante coincidentes con los del TEDH, prevalecer en todo caso el interés superior del menor y el vínculo familiar. Por esto, consideramos que, si se aplicara aquí esta doctrina, realmente no influiría tanto debida a esa misma justificación, aunque esto podría constituir un punto clave para que esa tasa aumentara aún más, y, por lo tanto, carecería de sentido considerar esta práctica prohibida en España.

Concluyendo, está claro que toda nueva aportación sobre este tema contribuye a la reflexión de si se están haciendo o no las cosas bien, ya que resulta muy incoherente que una práctica que está prohibida en nuestro país, acabe siendo aceptada por otras vías.

⁷⁶ FERNÁNDEZ, I. G. (6 de abril de 2021). *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH.* (IberICONnect, Editor) Obtenido de <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-i-los-asuntos-menesson-y-kocharyan-las-primeras-decisiones-consultivas-del-tedh/>

6. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA Y ASPECTOS DE ACTUALIDAD.

6.1. Situación nacional. Actual prohibición de la maternidad subrogada en España. Efecto de la nulidad de los contratos con este fin.

El conocido y ya mencionado Artículo 10 de la LTRHA, titulado “gestación por sustitución”, reza así: *“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.”* Que viene a establecer, en resumen, la no permisión de convenios de maternidad subrogada. Sin embargo, para llegar a la conclusión de que este convenio se considera nulo, hay que inmiscuirse un poco más en el fondo del asunto y su contexto, debido a que esa nulidad no se encuentra expresamente establecida, sino que se concibe así afirmando en primer lugar que la nulidad de este contrato se explica por la inexistencia o ilicitud de la causa, produciéndose esa ilicitud cuando se opone a las leyes o a la moral, como establece el artículo 1275 del Código Civil, entrando, por tanto, este convenio, en conflicto con las normas civiles del Derecho Español, según alega la doctrina.⁷⁷

Este convenio, en segundo lugar, también sería nulo debido a su objeto, atendiendo a la regla establecida en el artículo 1271 CC, “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras”, constituyendo en este caso una res extra commercium, tanto la capacidad de gestar como el cuerpo humano en sí mismo, que es intransferible, indisponible, y personalísimo. En último lugar, atendiendo al artículo 1255 CC, puede decirse que este convenio contradice las buenas costumbres, la moral y el orden público, por la misma razón, porque su objeto, que es la disponibilidad de la persona

⁷⁷ LÓPEZ PELÁEZ (op. Cit, p.668), entiende que la “declaración legal de nulidad absoluta está fundamentada en nuestra opinión no tanto en la falta de objeto como en la ilicitud de la causa... Por ello entendemos que la nulidad proviene de la consideración como ilícita de la causa del contrato, de que la contratación de este tipo de servicios repugna a la conciencia moral vigente hoy por hoy en nuestra sociedad”.

humana y de la maternidad, está fuera del comercio, considerándose una transacción no permitida por nuestro ordenamiento jurídico⁷⁸

Como explica A.J Vela Sánchez, “este convenio de gestación por sustitución, por tanto, sería nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y porque recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Está fuera de la autonomía de la voluntad de las partes el negociar sobre el uso que se hace del útero de una tercera persona, porque atenta contra los principios de orden público pretender arrendar el uso del útero durante los nueve meses de gestación y, por tanto, no puede ser objeto de cesión”⁷⁹

Si se parte de la nulidad de tal acuerdo, se niega la acción a la mujer gestante para poder reclamar a la otra lo que ésta le prometió por el embarazo, incluso se impide la reclamación a la gestante de la contraprestación ya entregada, porque, como este negocio jurídico goza de nulidad, no nacen obligaciones para las partes, quedando todo sin efecto. Por ello, ni acudiendo a los principios generales de las obligaciones, ni a lo establecido en el artículo 1098 CC, podría, en caso de incumplimiento, obligar a realizar lo pactado, en este caso la entrega del niño.⁸⁰

En relación con todo esto, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, establece que el cuerpo humano y sus partes no deben ser objeto de lucro en su artículo 21, de lo que derivaría que el útero de una mujer no puede alquilarse ni prestarse.⁸¹

En España, se encuentra prohibida esta práctica en el artículo 221 del Código Penal, en cuyo artículo además se establecen una serie de características que tendrán que darse para que

⁷⁸ VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, S.L.(Pgs. 41-42)

⁷⁹ Idem. (VELA SÁNCHEZ, A. J.) (2012). (Cit. Pg. 41)

⁸⁰ La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley
<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6694798.pdf>

⁸¹ La Convención de los derechos del niño fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989 en Ginebra y fue ratificada por los Estados miembros de la misma ONU. Se puede encontrar la integralidad de su texto en sitio de la UNICEF:
https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_infanzia_1.pdf

pueda ser penada, entre ellos, se comienza mencionando la compensación económica, castigando a quienes “*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 de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*”⁸² Sin embargo, lo establecido aquí no es suficiente para cesar los contratos de este tipo en nuestro país, debido a que, a pesar de estas prohibiciones, se puede acudir a otro país que sí contemple esta práctica como legal, siempre que se respeten las leyes locales del país de origen, pudiendo en este caso un español acudir al extranjero para obtener un bebé por gestación subrogada y volver aquí una vez nacido, surgiendo en ocasiones conflictos para determinar la filiación y la debida inscripción en el Registro Civil de dichos bebés.⁸³ Abordaremos más adelante estos problemas. A modo de conclusión, podría decirse que la situación legal en España respecto a esta materia, es compleja, debido a que no existe ningún tipo de sanción expresa, y la consideración de este tipo de contratos como no válidos garantiza que esta técnica no sea producida dentro del Estado español, pero quedan sin cubrir lagunas relativas al ámbito internacional, ya que implícitamente se está reconociendo la “aceptación” de esta práctica con el reconocimiento de los padres que acuden al extranjero para llevarla a cabo, creando además un desequilibrio en la posibilidad de acceso a la obtención de un hijo por estos medios, ya que generalmente se caracteriza por tener un precio elevado, lo que conlleva que tan solo personas con cierto nivel económico puedan satisfacer su deseo. Ante el aumento de demanda de solicitudes de inscripción en los Registros españoles de niños nacidos de este modo, se aprobó por el Ministerio de Justicia una normativa para actuar ante estas situaciones en favor del menor, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) del 2010. Analizando los aspectos principales de esta relevante instrucción, encontramos que su finalidad principal, como ya hemos dicho, es la protección de los menores, para lo que establece una serie de condiciones, como que el país en el que se lleve a cabo el proceso de subrogación, la filiación debe haberse establecido mediante resolución judicial dictada por un tribunal competente. Además, en el RC español se comprobará si la sentencia judicial emanada del tribunal extranjero reúne los requisitos que permiten su reconocimiento y

⁸² Artículo 221 Código Penal Español.

⁸³ Dudas sobre la gestación subrogada(I) – Consejo general de la Abogacía Española. Ver en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-extranjeria/dudas-sobre-la-gestacion-subrogada->

homologación en España, es decir, el procedimiento de ejecución. Esta instrucción, facilitó por tanto el proceso a los países que dictan sentencia y es aceptada posteriormente por España, como sucede en Estados Unidos y Canadá, sin embargo, lo dificulta en países que no aportan una resolución judicial que determine la filiación como sucede en Ucrania y Rusia. Esta instrucción fue tan novedosa como relevante, siendo de las más importantes en nuestro país dentro de este ámbito. Posteriormente se hablará de su evolución hasta una nueva instrucción del año 2019 que causó controversias.

6.2. La polémica instrucción del 14 de febrero de 2019. Respuesta ante una situación dramática en Kiev. La vuelta de tuerca en la inscripción de los menores habidos por gestación subrogada en el año 2019.

Hace apenas dos años, se produjo un fenómeno bastante relevante, mediático y sorprendente en nuestro país, concretamente, el día 14 de febrero del año 2019, salió a la luz una nueva Instrucción de la DGRN, cuyo nombre era “sobre la actualización del régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”⁸⁴, la cual tenía como principal objetivo abrir la puerta a la inscripción en el Registro Civil Español a los niños concebidos fuera del país mediante gestación subrogada, imponiendo como requisito la presentación de una prueba de ADN que certificase verídicamente la paternidad o maternidad de al menos uno de los progenitores, lo que conlleva, que sería posible la inscripción de ese nacimiento realizado en el extranjero presentando la solicitud de inscripción junto con la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, en los términos que se señalaron en la Instrucción de 5 de octubre de 2010(BOE 7/7/10) que admite la inscripción en el RC español de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, basándose en la existencia de una resolución judicial extranjera en la que se determine fehacientemente dicha filiación respecto de un progenitor español⁸⁵. Es decir, se

⁸⁴ Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la dirección general de los registros y del notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Ver en: https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf

⁸⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, S.L. (Pg. 67)

pone el enfoque en el principio de veracidad biológica, que en concordancia con la vigente Ley del Registro Civil de 1957⁸⁶, así como, del art. 9 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁸⁷ ya que con ese reconocimiento de filiación paterna se garantiza tanto el conocimiento de su identidad biológica originaria a la vez que se previene desembocar en tráfico internacional de menores. Ante esta situación, se considera como medio de prueba preferente, realizándose con plenas garantías médicas y jurídicas, la prueba de ADN.⁸⁸ Sin embargo, llama la atención que esta Instrucción ya mencionada, no fuera siquiera publicada en el BOE, siendo derogada apenas cuatro días después por la Instrucción vigente en la actualidad, la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁸⁹ la cual, realmente no aporta nada nuevo de lo ya establecido con la Instrucción del 2010, más allá que comenzar con una introducción bastante posicionada en contra de la gestación por sustitución alegando que esta práctica produce una grave vulneración de los derechos tanto de las madres gestantes como de los menores. En resumen, esta última instrucción de 18 de febrero, sirvió para dejar sin efecto la propuesta cuatro días antes, que sí que realizaba notables cambios, con matices muy interesantes en cuanto a la impugnación de la paternidad biológica.

Este panorama regulatorio se dio en el contexto de una exacerbada repercusión mediática de decenas de padres que se encontraban bloqueados en Kiev, Ucrania, con sus bebés obtenidos mediante gestación por sustitución, debido a que el consulado del mismo lugar comenzara a denegar las inscripciones de los bebés si no adjuntaban una resolución judicial de un tribunal de Ucrania certificando que son sus hijos, así como exigía la Instrucción del 5 de Octubre de 2010, sin embargo, a pesar de estar permitida esta práctica en varios países, sólo los tribunales

⁸⁶Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. «BOE» núm. 151, de 10/06/1957.
Ver en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1957-7537>

⁸⁷ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22/07/2011.
<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

⁸⁸ El Gobierno deja sin efecto la Instrucción DGRN de hace dos días sobre registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Conflictus Legum. Sábado, 16 de febrero de 2019.
<http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html>

⁸⁹ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16730 a 16730.
Ver en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367

de EEUU y Canadá emiten esta resolución, creando un conflicto a esos padres que realizaron el contrato en Ucrania y se encontraron esa barrera a la hora de proceder al registro.⁹⁰ En concreto, lo que pretende la Instrucción del año 2010 es que prevalezca el interés superior del menor, debido a que quedaría vulnerado en caso de no inscribirse la filiación en el RC de España, sin embargo, al permitir esa inscripción, además de estar favoreciendo el fraude de ley, quebrantando lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA, está haciendo una discriminación tácita entre las personas que tengan medios suficientes para acudir a esta práctica en el extranjero, generalmente de elevado coste económico, de aquellos que por esa misma causa no puedan, vulnerando a su vez el principio de igualdad consagrado en nuestra CE⁹¹. Por lo tanto, con esta situación lo que se observa es como el interés superior del menor sirve de coartada para mantener la existencia de esta práctica, considerándose por algunos autores como inconstitucional esta Instrucción, destacando su nulidad por infringir, además, el principio de jerarquía normativa⁹²

Estos cambios repentinos que provocan gran inseguridad jurídica, son fruto del inmovilismo del legislador español respecto a esta materia, teniendo que hacer grandes esfuerzos la jurisprudencia para dar respuesta a estas situaciones que, frente a la impasibilidad legislativa al respecto, afecta a personas reales y causa conflictos legales.

En conclusión, esa resolución de 14 de febrero de 2019, fue un intento de permisión de esta práctica, abriendo la puerta a una facilitación para aquellos padres comitentes que acuden al extranjero para cumplir su deseo de ser padres, sin embargo, fue corta la vida de aquella, siendo triplemente inadmitida y consiguientemente anulada por defecto de forma tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumentando como justificación principal que este tipo de contratos no están permitidos en nuestra legislación española y por tanto, no puede admitir sus efectos⁹³ en cumplimiento

⁹⁰ ORTIZ, A. M. (15 de febrero de 2019). El Ministerio de Justicia regulariza la inscripción de los bebés nacidos por gestación subrogada. *El Mundo*. Obtenido de: <https://www.elmundo.es/espana/2019/02/15/5c66a252fc6c83146d8b4636.html>

⁹¹ Artículo 14. Constitución Española. Igualdad ante la ley. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁹² Idem. VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012).

⁹³ AYAGO, A. D. (2019). *Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema*. Cuadernos de Derecho Transnacional. Obtenido de <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4977>

del artículo 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, Ley 14/2006)⁹⁴ Sin embargo, esto no se cumple plenamente, ya que sí que se permite la filiación a favor de los padres comitentes en el caso de impugnar la paternidad biológica, atendiendo en estos casos al artículo 10 de la LTRHA, ya mencionada, en concreto en su apartado tercero, consiguiéndose una plena filiación mediante la adopción del otro componente de la pareja. Sin embargo, queda claro que esta compleja situación no puede seguir dependiendo de meras actuaciones jurisprudenciales, instando la propia sentencia del Tribunal Supremo al Ministerio Fiscal a adoptar medidas precisas, que garanticen la seguridad jurídica y las garantías necesarias para la correcta inscripción de la filiación.⁹⁵

Es decir, una reforma de la regulación de la gestación por sustitución en España supondría acabar con la “esquizofrenia jurídica” en palabra de Antonia Durán Ayago⁹⁶, que se manifiestan incluso por el Tribunal Supremo, además de acabar con la actual inseguridad jurídica que generan estas situaciones, mediante un marco regulador garantista que ponga el enfoque la posibilidad que personas que por diversas causas no puedan (distinto de que no quieran), consigan hacer realidad su deseo de ser padres sin exponerse a una situación conflictiva, llena de barreras y de inseguridad jurídica y no de crear un afán de lucro y negocio respecto de una técnica tan controvertida⁹⁷

Realmente, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 no establece ningún criterio nuevo, simplemente restaura lo ya contenido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010

6.3.La actualidad política en España. Las propuestas de ley de Ciudadanos.

Tras lo ya explicado, queda constatado que estamos ante uno de los temas más controvertidos de la actualidad, debido a su carácter disruptivo sobre el modo en que ha sido

⁹⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, páginas 19947 a 19956
Ver en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>

⁹⁵ Idem (Ayago, 2019)

⁹⁶ Antonia Durán Ayago. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca

⁹⁷ Idem (Pg. 582)

entendida y regulada históricamente la relación maternofilial, planteándose un cambio radical con la posibilidad legal de disociar la gestación de la maternidad con esta práctica.⁹⁸

Desde una perspectiva de actualidad, es importante mencionar la Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación⁹⁹ promulgada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos¹⁰⁰ el día 27 de abril de 2017, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 8 de septiembre de ese mismo año, en cuya exposición de motivos apelan a *“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”*,¹⁰¹ a lo que continúan diciendo que las leyes no pueden cerrar los ojos ante esa reclamación ni prohibirla, atendiendo a la evolución del modelo de familia correlativo al avance científico. Por ello, acuden al argumento de los derechos reproductivos como protectores de la libertad y la autonomía de las personas en ese ámbito, y exponen que nuestro ordenamiento jurídico no satisface una exigencia básica del Estado democrático de Derecho, que es ofrecer los cauces institucionales adecuados para garantizar la libertad de los ciudadanos, por todos estos motivos, redactan esta ley con el objetivo de dar una regulación al derecho a la gestación subrogada, definiéndolo como “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.”

Seguidamente, tras varias exposiciones de motivos más que se esfuerzan en mostrar esta realidad que constituye la gestación por subrogación, sus Disposiciones Generales se componen de 27 artículos que regulan esta práctica en nuestro país, entre los cuales destacan varios aspectos que la caracterizan. En primer lugar, uno de los requisitos para poder acudir

⁹⁸ MUÑIZ, P. I. (s.f.). *Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?* Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278536>

⁹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales “Proposición de ley reguladora del derecho de gestación por subrogación”. Ver en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

¹⁰⁰ Ciudadanos es un partido político español fundado en el año 2006, en Barcelona, concebido como un nuevo partido político en Cataluña para impulsar la constitución de una nueva fuerza política en el ámbito catalán, permaneciendo en la actualidad como un partido de ámbito nacional que tiene representación en el Parlamento Europeo, el Senado y el Congreso de Diputados, así como en los diferentes parlamentos autonómicos. Ver más en: <https://www.ciudadanos-cs.org/>

¹⁰¹ Ídem

a esta práctica, es haber probado cualquier otro método de reproducción asistida y demostrar que no ha sido posible ser madre, es decir, agotar las vías posibles, conservándose así un mínimo de “prudencia”, sumando también, que el progenitor subrogante debe aportar su material genético, para lo cual, será necesario un contrato específico, y quedando fuera la posibilidad de llevar a cabo este acuerdo con el material genético de la mujer gestante. Destaca, también, el carácter altruista, ya que tendrá que llevarse a cabo sin que exista una compensación salarial, como ya hemos expuesto en otras ocasiones, este es uno de los aspectos más controvertidos, ya que estamos hablando de algo tan delicado como ponerle precio al hecho de gestar durante 9 meses a un niño para después entregarlo. Otro aspecto característico, es que se establece una edad mínima y una máxima para la mujer gestante, debiendo tener entre 25 y 45 años, además de poseer la nacionalidad española o ser residente legal en el país, sin antecedentes penales, pero los requisitos de la mujer gestante no se quedan aquí, sino que se exige que haya gestado al menos un hijo propio con anterioridad, y se le pone un límite de gestar mediante esta práctica como máximo en dos ocasiones. La ley creará un registro de gestación por sustitución¹⁰², que garantice el conocimiento y la protección de cada caso y evitar posibles irregularidades. A modo de resumen, estos serían los aspectos más importantes a destacar de la proposición hecha por este Grupo Parlamentario, que finaliza con una Disposición derogatoria única que alude, como no podía ser de otra manera, de forma expresa al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, así como a todas las disposiciones normativas que se opongan a lo establecido. Sin olvidar mencionar, que en esta proposición de ley, se rechazaba expresamente la modalidad intrafamiliar, es decir, los casos en que hubiera vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y los comitentes, sin embargo, dos años después, el mismo Grupo Parlamentario presentó otra nueva proposición de ley¹⁰³ en la que cambiaba radicalmente su parecer respecto de esa prohibición, imponiendo como requisito que se superen los exámenes previstos en los apartados 3 y 4 de esa misma ley, y en tal caso no será ningún impedimento la existencia de vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y

¹⁰² Artículo 15.1: El Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al Registro Nacional de Donantes previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, es el registro administrativo en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y cumplan los requisitos establecidos en esta Ley. Igualmente se inscribirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, los progenitores subrogantes.

¹⁰³ Boletín Oficial del Estado. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Ver en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF

los progenitores subrogantes. Sin embargo, esta no es la única diferencia encontrada entre una y otra proposición, llamando la atención el artículo 6 con la implantación de la posibilidad de que la gestante pueda interrumpir de manera voluntaria el embarazo dentro de los supuestos que reconoce la legislación general. Pese a estos intentos de regulación, la primera propuesta no pudo ser tramitada por el anticipo de las elecciones generales, mientras que con la segunda queda constatada la falta de apoyos por parte de las otras fuerzas políticas, encontrando en cierta medida gran oposición.

Entre los argumentos más críticos, encontramos en primer lugar un gran enfrentamiento con la concepción que se tiene del problema en esa proposición de ley, la cual considera que la ley actual recorta de forma indebida la libertad de las personas, y considera la maternidad subrogada como un derecho, fundamentándolo de forma bastante inconsistente. Se podría decir que hablar de derechos en materia de maternidad subrogada parece bastante forzado, puesto que por un lado, las personas que quieren tener un hijo mediante esta práctica tendrían, en su caso, libertad para realizar la búsqueda de una persona que quisiera llevar a cabo ese servicio, pero, bajo ningún concepto, tendrían el derecho a exigir a ninguna persona que les proporcionara ese servicio, por lo tanto, matizando conceptos, hablaríamos de una libertad, de una posibilidad, pero no de un derecho.¹⁰⁴

Por otro lado, hablar de un derecho a gestar para otros resulta bastante sarcástico, y contribuye a la desnaturalización de la función del reconocimiento de los derechos, que se realizan para que las personas puedan vivir con libertad y desarrollarse plenamente como personas.

Otra de las razones que demuestran la inconsistencia de esta propuesta, se encuentra atendiendo a la dificultad para encontrar una mujer con una estabilidad económica y social que se preste de forma voluntaria a ofrecer unos servicios de gestación, ya que, de no darse esas condiciones, estarías cayendo de nuevo con el argumento de la explotación femenina, y mujeres que se sometan a este contrato por presiones sociales o económicas.

Analizando desde una perspectiva de género, también se ataca a este planteamiento atendiendo a ciertos rasgos machistas que presenta, concretamente en lo relativo a la exigencia que se le impone a la mujer de acreditar un problema de incapacidad para gestar

¹⁰⁴ ESPLUGUES, J. S. (s.f.). *Proposición de Ley sobre Maternidad Subrogada. Inconsistencias de la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario "Ciudadanos" para regular la maternidad subrogada.*

Recuperado el 12 de 2021, de Red de investigaciones filosóficas:

<https://proyectoscio.ucv.es/articulos-filosoficos/sobre-maternidad-subrogada/>

para poder acceder a esta práctica, mientras que al hombre se le abren las puertas completamente, pudiendo contar con una mujer para que lleve a cabo la gestación sin acreditar ninguna patología.

Sin más dilaciones, son infinitos los argumentos en contra de esta PL que finalmente no tuvo éxito, y siempre centrados desde unos puntos clave de argumentación, el riesgo de explotación de la mujer y la vulneración de sus derechos. Por todo esto, cabe concluir con que el espíritu de esta PL se caracteriza por su falta de coherencia, en cuanto que habla de derecho a la gestación por sustitución y al mismo tiempo prohíbe a las mujeres lucrarse de esta forma, ya que el foco principal para considerar esta práctica un derecho no debería ser la prohibición de la gestación lucrativa, sino garantizar que no se produzcan riesgos de explotación.¹⁰⁵

7. TENER UN HIJO ¿ES UN DERECHO O UN DESEO?

7.1. Introducción

Atendiendo a la legislación vigente en nuestro país y, sobre todo, atendiendo a los derechos consagrados en nuestra Constitución vigente, podemos decir que el derecho a tener descendencia no existe como tal debido que no se encuentra regulado, sin embargo, al igual que sucede en otros ámbitos, los nuevos derechos acaban surgiendo a través de la interpretación de otros que sí son reconocidos en las Declaraciones Universales de derechos o atendiendo a las necesidades sociales y racionales que imperen. Por ello, llegados a este punto cabe preguntarse ¿Existen razones, necesidades o motivos fundamentales para consagrar esta materia? ¿Existe realmente el instinto maternal, o de ser padre o madre?

7.2. ¿Existe presión social que obligue a tener descendencia?

En nuestra cultura actual, evidentemente como consecuencia y lastre de la anterior, se sigue ofreciendo el hijo biológico como ilusión de plenitud para la mujer, de estado de

¹⁰⁵ Idem

felicidad que hace plena su feminidad. Respecto al hombre, se sigue promoviendo la exigencia que le atribuye al deber de preservar y sustentar económicamente la especie¹⁰⁶.

No se está negando la necesidad ni el sufrimiento que conlleva la imposibilidad de tener un hijo para aquellas personas que se encuentran en esa situación, sino que se están analizando las causas que empujan a ello, porque el deseo de tener descendencia, analizado en base al argumento de la necesidad social, es evidente que existe y no puede negarse, pero ¿de quién es la necesidad? Esa necesidad está construida por la sociedad y por el Estado, por dos razones claras. En primer lugar, por la concepción que se tiene de la maternidad como una función de carácter instintivo, el cual, realmente no responde a ninguna esencia, sino que es construido social y culturalmente, mientras que el otro argumento es obvio, y es la necesidad de procreación para la continuidad de la sociedad.¹⁰⁷

Cabe mencionar cuales son las principales causas que incentivan a las personas a acudir a este fenómeno, mencionando en primer lugar, ya que es el más común, la infertilidad de la pareja. Sin dejar de lado que, la gestación subrogada ocurre también como consecuencia de un fenómeno social. Así pues, la existencia de problemas genéticos que impidan el embarazo, o casos en que la madre no quiera transmitir una enfermedad genética al niño gestado, junto con la enfermedad o ausencia de útero o la avanzada edad de la mujer, ya sea este último, por causa de la menopausia o debido a los riesgos derivados del embarazo tanto para la mujer gestante como para el niño. En cuando a la infertilidad, las causas más comunes son los trastornos ovulatorios (36%) y problemas de permeabilidad tubárica (30%), en tercer lugar, es la endometriosis (18%)¹⁰⁸. También puede acudir a esta técnica debido a la infertilidad masculina, así como problemas con los espermatozoides, infecciones previas, anomalías congénitas de los órganos reproductivos, entre otras. Pero la medicina reproductiva no se detiene. A esta práctica también suelen recurrir parejas homosexuales de hombres, u hombres solteros que desean ser padres. Más criticado es el hecho de que algunas personas, normalmente con gran poder adquisitivo, acudan a esta práctica por el hecho de no querer

¹⁰⁶ C. ALDA, R. BAYO-BORRÁS, N. CAMPS, G. CÁNOVAS SAU, M. SENTÍS, y E. SENTÍS, «Maternidad y TRA: una perspectiva psicoanalista», Figuras de la madre, Cátedra, Madrid, 1996, pp. 289-290.)

¹⁰⁷ 15 datos sobre la gestación subrogada • una revisión detallada para todos los países. Ver en: <https://maternidad-subrogada-centro.es/datos-sobre-gestacion-subrogada.html> (Consultado el 7 de abril de 2021)

¹⁰⁸ Idem

asumir las consecuencias del embarazo, tanto físicos y estéticos, como psicológicos, así como por motivos laborales.

Otra causa habitual, deriva de los complejos procesos de adopción en nuestro país, con una demora de aproximadamente nueve años¹⁰⁹, lo que hace impacientar a esas personas y buscar soluciones alternativas. Dificultándose aún más en el caso del colectivo LGTBI¹¹⁰

De hecho, es una realidad que, en la última década, se ha producido una caída abismal de las adopciones internacionales. En concreto, desde que se produjo un boom de adopciones de esta índole entre los años 2003 y 2005, llegando hasta la cifra de 5.541 adopciones internacionales, para después, descender en picado año tras año, como se muestra en el gráfico que se adjunta en el ANEXO 7.

Los datos reflejan que, en menos de una década, se ha pasado de una cifra de más de 5.000 a una actual que apenas roza los 500 niños adoptados en el extranjero. Se habla de diversas causas que pueden influir en esta caída, como la crisis que hemos vivido, el cierre de algunos países a adopciones externas o por parejas homosexuales, la larga espera que conlleva este proceso para aquellas personas que desean ser padres, sin embargo, empieza a relacionarse este hecho con el incremento de casos de gestación subrogada¹¹¹, que, como se ha explicado en el apartado correspondiente sobre los datos reales y actualizados de esta práctica, a los que no se da transparencia, que está viviendo un verdadero auge, aun siendo una práctica no legal en España, y que, sin embargo “se acepta por la puerta de atrás”. Es por esto por lo que se le puede atribuir una relación causal entre el descenso de una y el incremento de otra, así, el presidente del Comité de Bioética de España, Federico de Montalvo, “el descenso no puede imputarse únicamente a la gestación subrogada, pero tampoco hay argumentos que permitan sostener que no hay una correlación entre ambos”, a lo que añade una comparación con el país italiano, donde las cifras de este tipo de adopción se mantiene o incluso aumentan,

¹⁰⁹ *Adopción nacional (España) - Adopcion.org.* (s.f.). Recuperado el 02 de 05 de 2021, de http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=60&Itemid=91

¹¹⁰ MORAGA, C. (11 de septiembre de 2014). El convenio de adopciones con Rusia que excluye a los gays sale adelante con votos del PP, CiU y PSOE. *EIDiario.es.* mundo, e. (s.f.). gs. Ver en: https://www.eldiario.es/sociedad/congreso-adopciones-rusia-colectivos-lgtb_1_4658479.html

¹¹¹ ÁLVAREZ, P. (30 de enero de 2019). Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década. *El País.* Obtenido de: https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html

y donde “casualmente” existe una gran restricción impuesta al acceso a la reproducción asistida o a la gestación subrogada.¹¹²

7.3. El deseo de tener hijos

Eleonora Lamm, afirma que si existiera un instinto maternal, todas las mujeres lo tendrían, sin embargo, esto no es así.¹¹³ Sin embargo, nuestra sociedad internamente patriarcal ha creado una falsa necesidad de mantener vigente ese instinto por varios motivos, como la obvia necesidad de procrear para el mantenimiento de la especie, o por la necesidad o conveniencia de que las mujeres se sigan ocupando de las tareas del cuidado, creando una idea arquetípica de la maternidad¹¹⁴ e identificando la feminidad con la maternidad.¹¹⁵ No es casualidad, que cuando en Europa han hecho falta niños, se haya apelado al instinto para así conseguir esa atención de las madres, existiendo estudios sobre esta realidad, como los realizados por E.Badinter¹¹⁶, la cual defiende que el amor maternal no es un instinto innato que provenga de la naturaleza femenina sino que más bien es un comportamiento histórico y social que varía según épocas y costumbres.¹¹⁷ Porque el “instinto maternal” es un mito,

¹¹² MONTALVO, F. D. (29 de enero de 2019). Gestación y adopciones. *El País*.
Obtenido de https://elpais.com/elpais/2019/01/28/opinion/1548688634_657007.html

¹¹³ We need to detach the myth of motherhood from the reality - *Angela Saini* Ver en:
<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/30/detach-myth-motherhood-from-reality-future-generations>

¹¹⁴ Ídem

¹¹⁵ El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos - Ana I. Marrades Puig. Ver en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6823812>

¹¹⁶ Elizabeth Badinter, filósofa francesa que en el año 198 publicó *¿Existe el amor maternal?* Convirtiéndose su obra en polémica debido a que cuestionaba la idea convencional del amor maternal como comportamiento arraigado universalmente en la mujer que se activa automáticamente al ser madre.

¹¹⁷ ELISABETH BADINTER *¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX.* Ver en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/7247544.pdf>

porque no se ha encontrado ninguna conducta necesaria y universal de la madre, sin que exista ninguna ley universal, dependiendo todo de la madre, de su Historia y de la Historia.¹¹⁸

Durante siglos se ha considerado a la maternidad como función instintiva arraigada en la estructura biológica, sin atender a las circunstancias personales de la mujer, creando una ecuación “mujer igual a madre”, totalmente construida¹¹⁹

En nuestra actual sociedad, se sigue ofreciendo el hijo biológico como ilusión de plenitud para la mujer mientras que para el hombre se promueve la exigencia de preservar y sustentar económicamente a la familia¹²⁰ Todo esto conlleva que ante cualquier problema de procreación, las personas acudan a especialistas médicos, existiendo tanto un deseo como un sufrimiento real, al que se le suma una presión por igualarse al resto de personas que tienen descendencia, incrementado por las consideraciones de la ciencia médica de que la infertilidad es un fallo de la naturaleza que debe subsanarse.¹²¹

Llegados a este punto, cabe hacer una reflexión sobre este deseo, ya que, queda constatado que la necesidad existe, pero ¿de quién es esta necesidad y qué oculta el deseo de ser madre? Pues bien, la necesidad es de la sociedad y del estado, y no de la mujer, que en caso de no vivir condicionada por esa presión social no incrementaría tanto el sufrimiento producido por la infertilidad, y esa necesidad de demostrar la propia capacidad de procrear, en el caso de los hombres asociado también a la capacidad sexual, generando esto de manera implícita un rechazo a la adopción¹²², la dificultad de su proceso y la incertidumbre sobre garantizar al “niño deseado” al cien por cien. También entraría aquí un debate ético en cuando que los niños en adopción ya tienen vida y necesitan unos padres para satisfacer su derecho a una familia, mientras que la gestación por sustitución necesita a mayores el cuerpo de una mujer que se preste a realizar la gestación.

¹¹⁸ E. BADINTER, ¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal Siglos XVII al XX, Paidós, Barcelona, 1991. cit., p. 309.

¹¹⁹ ANA I. MARRADES PUIG. Pg 156-157.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem (A.M Puig)

¹²² Idem pg 158

7.4. El derecho a tener hijos

Es evidente que no estamos ante una cuestión de respuesta fácil y absoluta, porque siempre vamos a chocar con una realidad compuesta por diferentes opiniones al respecto.

Cabe dejar claro en primer lugar que, dentro de este ámbito, nos referimos al derecho a tener hijos con ADN propio, ya que, si no, dentro de esta formulación deberíamos considerar también la adopción, que no es materia que nos compete ahora, por eso restringimos el concepto.

Comenzando con el apelado “derecho a la reproducción”, que puede interpretarse atendiendo a declaraciones internacionales o deduciendo su existencia de otros que ya existen.¹²³ Y, es que este derecho a la reproducción no se encuentra reconocido expresamente a pesar de que el Tribunal Constitucional ha mencionado en numerosas ocasiones la libertad de procrear.¹²⁴ Yolanda Gómez fue pionera en la doctrina española por acuñar el concepto “derecho a la reproducción humana” basando su fundamento tanto en la dignidad humana como en sus derechos inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, sin olvidar el derecho a fundar una familia consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹²⁵ La libre opción de ser madre en ejercicio del desarrollo de la personalidad requiere de un compromiso por parte del estado, en nuestro caso en el artículo 9.2 de la CE¹²⁶, encontrándose dentro de este derecho la libertad de procreación (y la de adopción), compuesta por la decisión de concebir, gestar y parir, pero sin incluir la gestación para otra persona, ya que esto sería una cesión temporal del cuerpo de la mujer. Entonces, atendiendo a esta libertad de procrear, no se encontraría la libertad de la mujer que va a gestar porque no puede decidir sobre su capacidad reproductiva ni sobre la decisión de tener descendencia, sino sobre si presta su cuerpo como medio de gestación con material genético ajeno para después entregar el producto de esa gestación, el niño. Otro de los derechos comúnmente

¹²³ Ídem

¹²⁴ (Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, El derecho a la reproducción humana, Marcia Pons, U. Complutense, Madrid, 1994, pp. 41 ss.)

¹²⁵ Ídem (A.M. PUIG)

¹²⁶ 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

apelados, es el derecho a la reproducción, sin embargo, este derecho, como todos, no es absoluto, y se encontraría su límite en la dignidad de las mujeres y de los menores gestados, produciéndose una vulneración de derechos. Ante los argumentos de los defensores y detractores de considerar este derecho como libertad procreativa, cabe insistir en que la gestación por sustitución, a pesar de llevarse a cabo mediante técnicas de reproducción asistida, no es una TRA. Por ello, en conclusión, se corre riesgo al utilizar el cuerpo de una mujer para satisfacer un deseo que pretende convertirse en derecho¹²⁷, ya que, a pesar de recurrir a esta técnica normalmente por problemas de fertilidad, existen personas que recurren a ella por motivos estéticos, o por no sufrir las consecuencias derivadas del embarazo, llevando esto al peligro de abrir una puerta a la inseguridad jurídica.

A modo de conclusión, al involucrar esta práctica la necesidad de una mujer que acepte las consecuencias de un proceso de gestación, puede decirse que excede del ámbito del derecho, afectando, además, únicamente a mujeres. Añadir que la jurisprudencia del TC, que ampara la libertad procreativa, como las Declaraciones de derechos sobre población y desarrollo¹²⁸ que acuñan el concepto de derechos reproductivos, son conscientes y reconocen los límites que estos conllevan, encontrándose siempre como prioridad la dignidad y el respeto a los derechos de los demás, siendo en este caso los derechos de la mujer gestante y del niño fruto de este contrato.¹²⁹

8. CONCLUSIONES FINALES

Primero. - Sin ninguna duda, estamos ante una de las materias más complejas y controvertidas en el ámbito de la bioética y del derecho, en las que cabe destacar el escaso conocimiento sobre la materia por parte de la sociedad, que se deja guiar por meras noticias mediáticas pero que no tiene un conocimiento profundo de la gestación por sustitución. Esta desinformación generalizada provoca grandes debates sin fundamento, en los cuales, tanto detractores como defensores consideran estar en lo cierto e imponen su “verdad absoluta”, sin existir esta última,

¹²⁷ Idem (A.M.Puig)

¹²⁸ <http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>.

¹²⁹ Ídem (A.M.P)

debido a que son infinitas las razones por las que se puede estar a favor o en contra de esta práctica, sin ser posible que queden reducidas a un debate simplista tanto desde el punto de vista ético como jurídico. Sin un debate de fondo, esta cuestión puede aparentar una situación que no acarrea circunstancias peligrosas ni vulnera derechos humanos, por eso hay que ir más allá.

Segundo. - No se puede poner en duda el gran deseo de una persona de tener un hijo, y la frustración que puede suponer para una persona ser incapaz de concebir un hijo por los motivos que sean, sin embargo, por verdadero y fuerte que sea ese deseo, este no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas, en concreto, de una mujer gestante, abriendo las puertas a una amalgama de situaciones de explotación de la mujer junto con el daño que se produce a los intereses superiores del menor, lo que nos hace pensar que no debería aceptarse en ninguna de sus formas, porque resulta inabarcable conseguir una regulación que garantice debidamente la tutela de la dignidad y los derechos de la gestante y del menor.

Tercero. - El principio *mater semper certa est* ha regido desde tiempos inmemoriales la ordenación de las relaciones de filiación, y, a pesar de los avances científicos, no consideramos que el derecho tenga que adaptarse a unas situaciones que en cierta medida vulneran derechos de unos para satisfacer los deseos de otros. Por ello, este criterio es el que mejor garantiza el desarrollo y el interés superior del niño y, para proponer un cambio en el criterio de la atribución de la filiación habría que demostrar que separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés del menor, que es el que prima, como el vigente en la actualidad, cosa bastante difícil de demostrar. Además, dentro del ámbito de la filiación, que como ya se ha explicado, ha ido evolucionando, cabe destacar la adopción como mecanismo más primitivo de la filiación no biológica, caracterizado por determinar la filiación legal sin necesidad de gestar, siendo esta la única posibilidad legal de “quebrantar” el principio *mater semper certa est*.

Cuarto. - En relación con lo anterior, cabe decir que la adopción consiste en una medida que sirve para llevar a cabo el derecho de los niños de tener una familia, no

para el deseo de los padres de tener una familia, lo que derrumba por completo el argumento de aquellos defensores del derecho de los padres a tener un hijo. En consecuencia, la filiación no se puede ni se debe ceder, y en los casos en que esta se rechace porque no quiera o no pueda ser asumida por los padres, la única opción garantista es que esta recaiga sobre el Estado, no pudiendo dejarse a la libre elección de los sujetos particulares.

Quinto. - Y, de nuevo, en completa relación con todo lo anterior, atendiendo a los datos ya expuestos es innegable que existe una relación causal entre la caída de las adopciones internacionales y el incremento de casos de gestación subrogada realizados por nacionales de nuestro país en el extranjero, siendo realmente alarmante la cifra actual de filiaciones reconocidas en nuestro país de niños nacidos por gestación subrogada, es decir, derivados de una práctica que está prohibida en nuestro país, lo cual resulta bastante incoherente y extraño, ya que, si realmente se acaba permitiendo implícitamente ¿por qué no se legaliza? O, si, por el contrario, si realmente se quiere garantizar una prohibición real y efectiva ¿por qué no se castiga?

Sexto. - También llama la atención la poca transparencia de datos relacionados con esta materia, encontrándose encubiertos y difícilmente accesibles, algo que nos hace sospechar de lo poco que interesa dar voz a esta materia, sin embargo, consideramos que si el aumento de la misma sigue en la misma línea que en la última década, mirar hacia otro lado por parte de las instituciones de nuestro país sería un completo despropósito, ya que, como se ha expresado a lo largo de la exposición, se encuentran en juego verdaderos derechos de las personas y dejarlos desprotegidos sería intolerable.

Séptimo. - Algunos justifican la gestación subrogada en un derecho reproductivo, pero se deja en el olvido el interés superior del menor y los derechos de la gestante para que no quede desprotegida o explotada para fines ilícitos. Aceptarla sin atender a estos aspectos tan importantes sería crear un caldo de cultivo para irregularidades. La OMS no reconoce la gestación subrogada como TRA, a pesar de que los defensores la conciben como tal, desde nuestro punto de

vista, considerar un embarazo como una técnica atenta contra los derechos y la dignidad de la mujer, porque además de reconocer que lo que se lleva a cabo es el alquiler de un vientre, se deja en el olvido que se trata de una persona humana, reduciendo su importancia a ser una mera incubadora, deshumanizando e instrumentalizando a la mujer y abriendo la puerta a la explotación. El argumento de la libertad de decisión de la mujer y su motivación para comprometerse a gestar basada en la intención de ayudar a otras personas a tener hijos hace referencia a casos aislados, siendo una realidad innegable que en la gran mayoría de casos esas mujeres se encuentran en una situación económica desfavorable y ven este tipo de contratos como una vía de escape ante esa situación de necesidad, exigente pero recompensada. Dicha explotación del cuerpo de la mujer es una realidad y debe estar siempre en el centro del debate.

Octavo. - Por lo tanto, insistimos en que la actual situación en España se traduce en un reconocimiento implícito de esta práctica, que se observa en el elevado porcentaje de reconocimiento de filiaciones de niños nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, provocando una gran incoherencia en el ámbito jurídico, que podría resumirse en un “prohibida, pero no mucho”, puesto que disponemos de una ley que, según la más alta instancia jurisdiccional del Estado, impide la inscripción de la filiación de los hijos obtenidos mediante gestación por sustitución, pero a su vez, existe una norma administrativa que permite llevarlo a cabo. Lo que, además, incrementa un sistema implícitamente burgués, donde basan sus argumentos en derechos creados a su conveniencia pero que, en la práctica, a esos derechos solo pueden acceder las personas con suficiente capacidad económica para afrontar este contrato en el extranjero. Ante este panorama, una rápida solución sería derogar aquella Instrucción permisiva ya mencionada, sin embargo, queda claro que al Ministerio de Justicia no le interesa hacerlo o no se atreve, y, evidentemente, esta tajante decisión acarrearía grandes complicaciones. Lo más conveniente sería reforzar nuestra legislación de una forma más severa, acercándonos al modelo francés, que castiga este tipo de prácticas en el ámbito penal, sin quedarse la prohibición en mero papel mojado.

9. BIBLIOGRAFÍA

- *Adopción nacional (España) - Adopcion.org.* (s.f.). Recuperado el 02 de 05 de 2021, de:
http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=60&Itemid=91
- ÁLVAREZ, H. Á. (2019). Aspectos civiles más relevantes de la gestacion por subrogación: la inscripción en el registro civil. *Revista jurídica de Castilla y León*, 88.
- ÁLVAREZ, P. (2019). Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html
- AMORÓS, E. F. (2010). *European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting*. Obtenido de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/751_es.pdf
- AYAGO, A. D. (2019). *Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema*. Cuadernos de Derecho Transnacional . Obtenido de <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4977>
- CALVO, E. (2021). España ha inscrito a más de 2.300 niños nacidos por gestación subrogada en los últimos diez años. *ABC*. Recuperado el 15 de Abril de 2021, de https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033_noticia.html
- España, C. d. (2017). *Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada*. Bilbao. Obtenido de

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

- ESPLUGUES, J. S. (s.f.). *Proposición de Ley sobre Maternidad Subrogada. Inconsistencias de la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario “Ciudadanos” para regular la maternidad subrogada*. Recuperado el 12 de 05 de 2021, de Red de investigaciones folisóficas: <https://proyectosocio.ucv.es/articulos-filosoficos/sobre-maternidad-subrogada/>
- Europapress/Murcia. (25 de Mayo de 2018). *El 15% de la población tiene problemas de fertilidad debido al estilo de vida y la alimentación de la pareja*. Obtenido de <https://www.europapress.es/murcia/noticia-15-poblacion-tiene-problemas-fertilidad-debido-estilo-vida-alimentacion-pareja-20180526125936.html>
-
- FERNÁNDEZ, I. G. (6 de abril de 2021). *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH*. (IberIConnect, Editor) Obtenido de <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-i-los-asuntos-mennesson-y-kocharyan-las-primeras-decisiones-consultivas-del-tedh/>
- GENERALES, B. O. (8 de septiembre de 2017). *Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación*. Obtenido de https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF
- GÓMEZ, M. G. (2019). *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*. Instituto Complutense de Estudios Internacionales. Madrid: WorkingPapers. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/>

- GONZÁLEZ, S. V. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED, núm. 14*, 906-907.

- JIMÉNEZ, A. Q. (5 de Abril de 2021). *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Introducción: un instrumento institucional de diálogo entre jurisdicciones europeas.* (IberIConnect, Editor) Obtenido de <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-introduccion-un-instrumento-institucional-de-dialogo-entre-jurisdicciones-europeas/>

- LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Barcelona: Univesitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.

- LAMM, E. (2014). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Barcelona: Universitat de Barcelona .

- Martínez, M. B. (2019). Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero. *Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio.*

- Medicine, E. C. (25 de March de 2013). *Cross-border reproductive care: a committee opinion.* Recuperado el 10 de 03 de 2021, de [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(13\)00396-8/fulltext#:~:text=](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(13)00396-8/fulltext#:~:text=)

- MONTALVO, F. D. (29 de enero de 2019). Gestación y adopciones. *El País*. Obtenido de: https://elpais.com/elpais/2019/01/28/opinion/1548688634_657007.html

- MORAGA, C. (11 de septiembre de 2014). El convenio de adopciones con Rusia que excluye a los gays sale adelante con votos del PP, CiU y PSOE. *ElDiario.es.mundo*, e. (s.f.). gs.

- MUÑIZ, P. I. (2018). *Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?* Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278536>

- ORTIZ, A. M. (15 de febrero de 2019). El Ministerio de Justicia regulariza la inscripción de los bebés nacidos por gestación subrogada. *El Mundo* . Obtenido de: <https://www.elmundo.es/espana/2019/02/15/5c66a252fc6c83146d8b4636.html>

- POLO, S. G. (2017). *¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?* Obtenido de: <https://elderecho.com/gestacion-subrogada-o-ventre-de-alquiler>

- PUIG, A. M. (Segundo semestre 2017). El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos . *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 154.

- RODRÍGUEZ-JAUME, M. J., GONZÁLEZ-RÍO, M., & JAREÑO-RUIZ, D. (2019). Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: los estudios. *Política y Sociedad*.

- SÁNCHEZ, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, S.L.

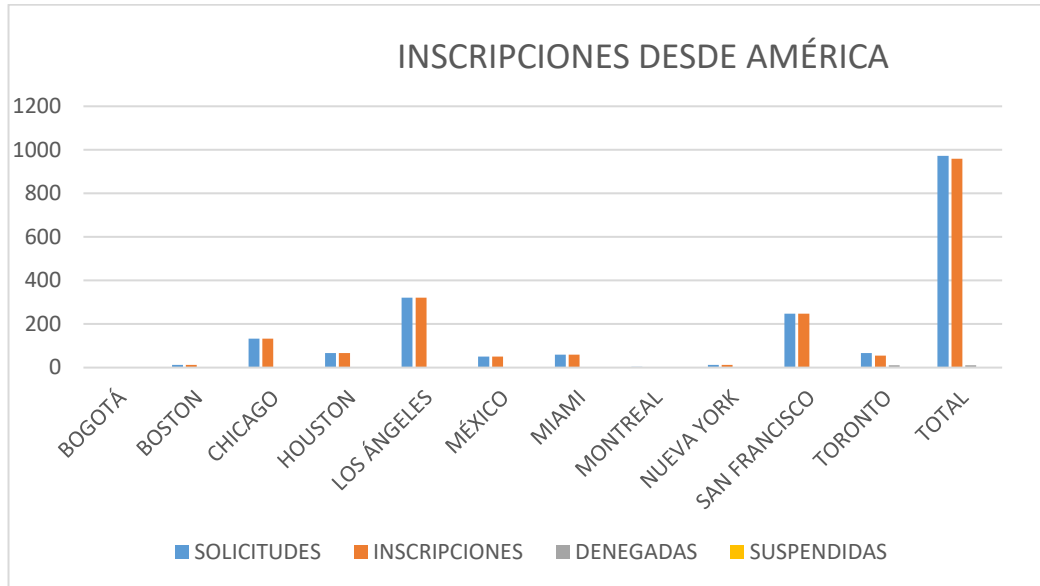
- Social, M. d., & Palacios, J. (2009). *La aventura de adoptar: Guía para solicitantes de adopción internacional*. Obtenido de https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/PUBLICACIONES/PDF_PUBLICACIONES/LaAventuraDeAdoptar.pdf

- STORROW, R. F. (2005). *Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory*. Obtenido de: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol57/iss2/2

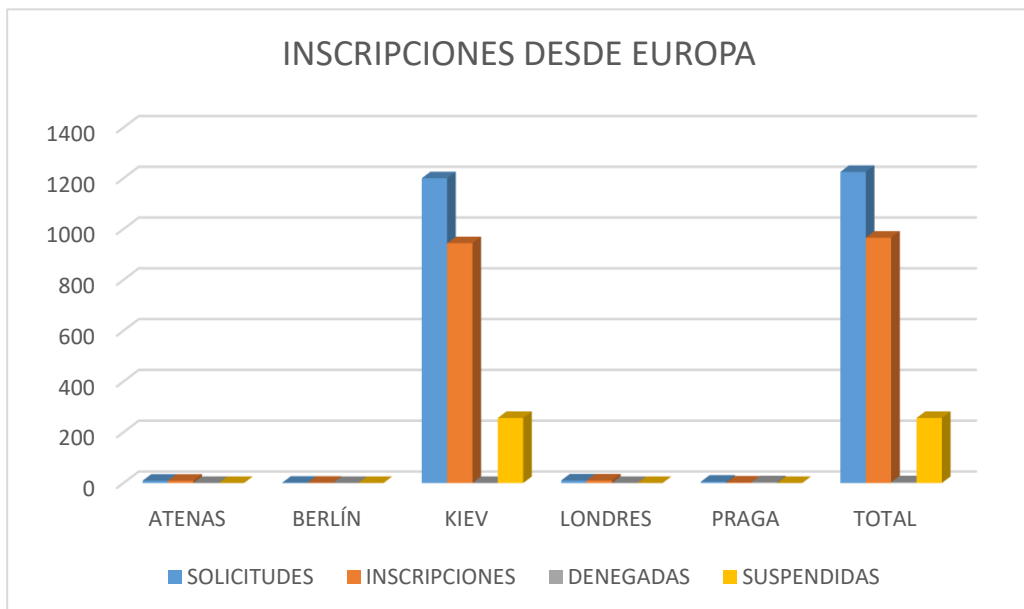
- SVITNEV, K. (24 de Julio de 2012). *Open Access Scientific Reports*. Obtenido de *New Russian Legislation on Assisted Reproduction*: <file:///C:/Users/lucia%20pastor/Downloads/13293-20550-1-PB.pdf>

10. ANEXOS

1. Gráfico de datos relacionados con las solicitudes e inscripciones realizadas desde América.¹³⁰



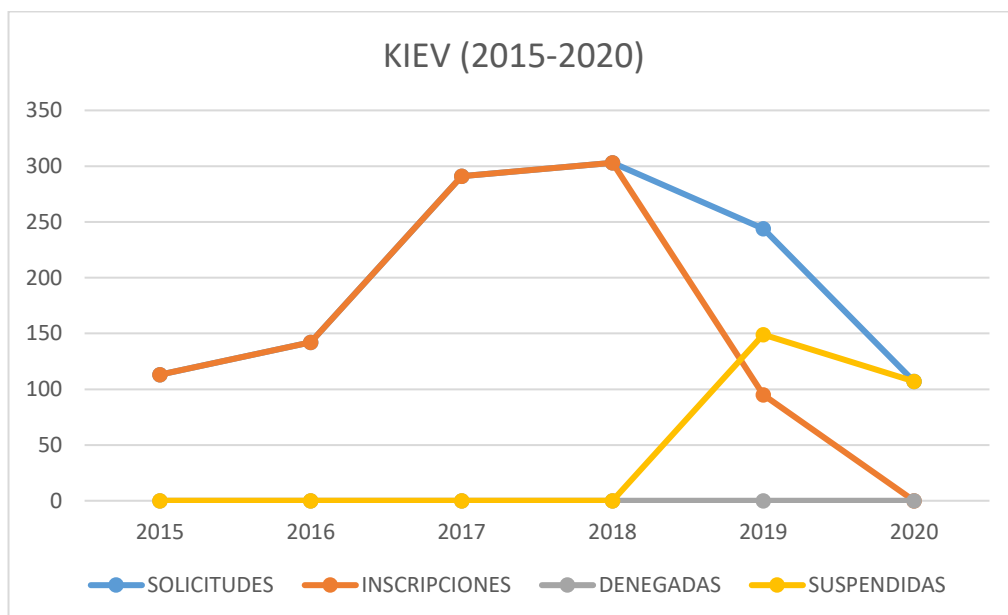
2. Gráfico de datos relacionados con las solicitudes e inscripciones realizadas desde Europa.¹³¹



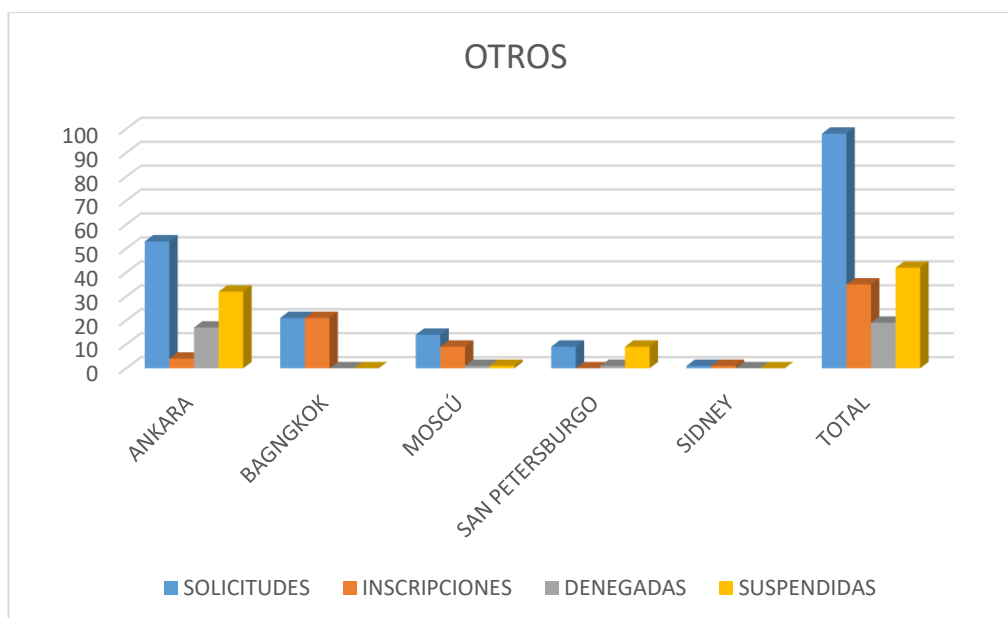
¹³⁰ Gráfico de elaboración propia realizado con los datos obtenidos por el Portal de Transparencia del gobierno.

¹³¹ Ídem

3. Gráfico de datos que demuestran el caso especial de Kiev y sus relaciones con España en materia de maternidad subrogada.¹³²



4. Gráfico de datos de solicitudes e inscripciones es España de niños nacidos por gestación subrogada en otros continentes distintos.¹³³



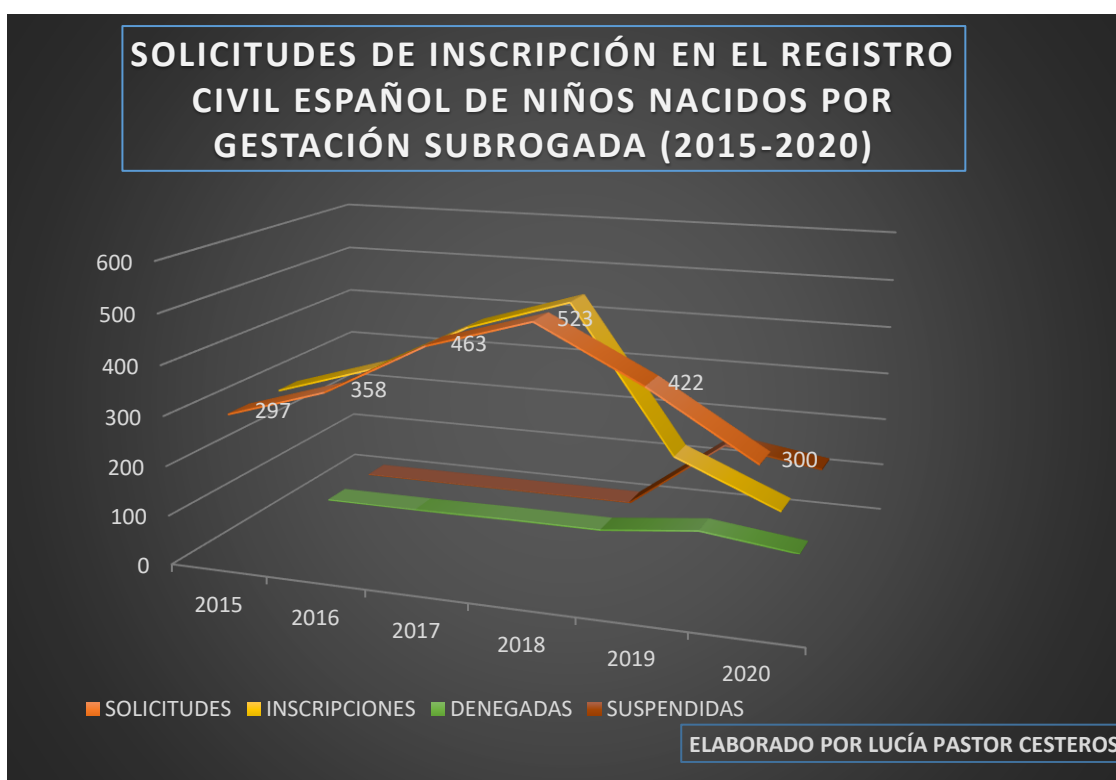
¹³² Idem

¹³³ Ídem.

5. Tabla de compilación de datos totales de maternidad subrogada en España desde el año 2015 al 2020. ¹³⁴

AÑO	SOLICITUDES	INSCRIPCIONES	DENEGADAS	SUSPENDIDAS
2015	297	296	1	0
2016	358	357	1	0
2017	463	457	3	0
2018	523	520	3	0
2019	422	238	25	150
2020	300	152	0	118
TOTAL	2363	2020	33	268

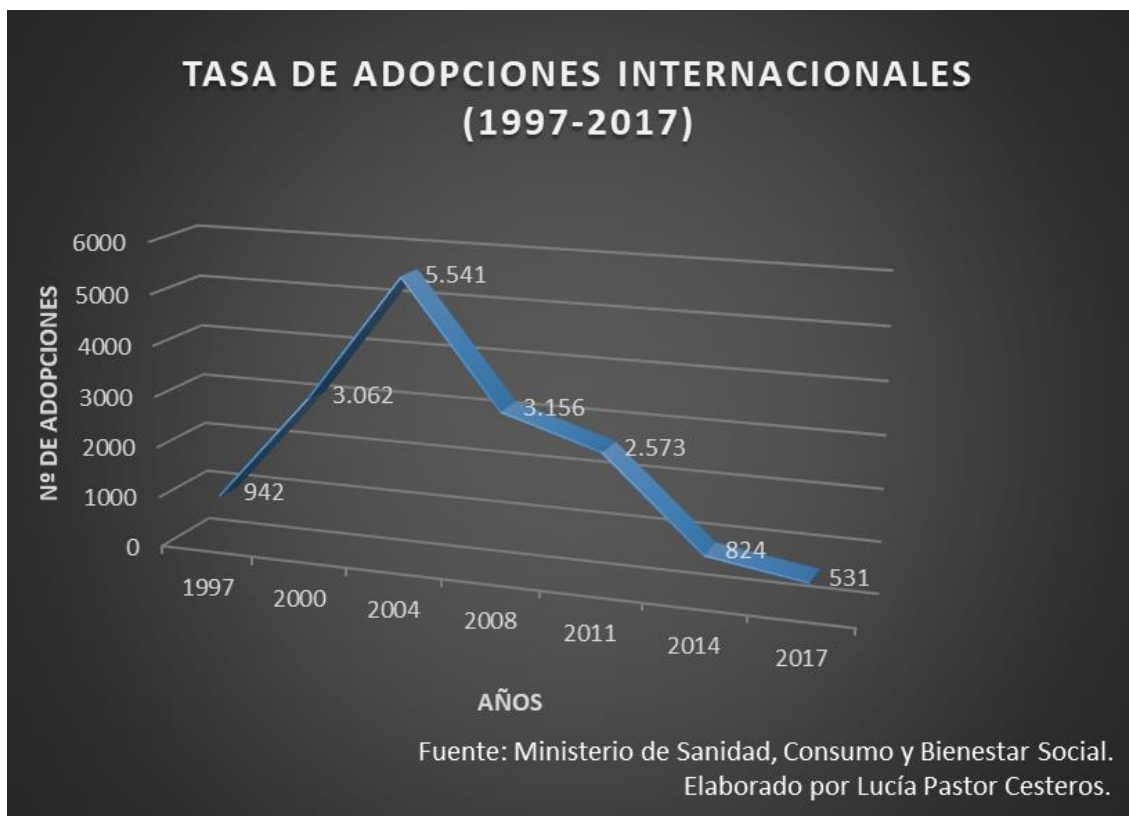
6. Gráfico realizado con los datos totales relacionados con la maternidad subrogada desde el año 2015 hasta el año 2020. ¹³⁵



¹³⁴ Tabla de elaboración propia.

¹³⁵ Gráfico de elaboración propia realizado con los datos aportados por el Portal de Transparencia del gobierno.
(Posible discrepancia de datos en el año 2020 debido a la pandemia de la Covid-19.)

7. Gráfico de datos relacionados con la caída de adopciones internacionales.¹³⁶



¹³⁶ Gráfico de elaboración propia realizado con datos obtenidos del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social