

# Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española

Carmen Sánchez Hernández

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

### *Abstract\**

*La gestación médica asistida ha supuesto un avance importante en materia de reproducción, pero también un cambio trascendental para la familia. Práctica siempre rodeada de una fuerte polémica atendiendo a sus modalidades, la más reciente es la que se presenta como consecuencia de la gestación por sustitución. Aceptada o no es una realidad fáctica establecida generadora de conflictos a los que en la actualidad se le ofrecen dos soluciones diferentes según se trate de una gestación nacional o internacional. Frente a esa dualidad una misma realidad en la que los intereses en conflicto coinciden: gestante, menor y padres comitentes son los elementos personales que deben ser objeto de protección con independencia del lugar y la forma de concepción. La respuesta dispar ante el común problema de la inscripción o no de nacidos mediante esta técnica en España y, en determinados países extranjeros, mantiene abierto el debate en torno a su posible regulación en nuestro país, en el que ha adquirido especial relevancia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

*En el presente trabajo se lleva a cabo un replanteamiento de la situación actual con el ánimo de ofrecer unas bases para la regulación de la gestación por sustitución en España, sin olvidar la necesaria iniciativa internacional.*

*Medically assisted gestation has meant an important advance in the field of reproduction, but also a transcendental change for the family. This practice has been always surrounded by a strong controversy regarding its modalities, the most recent one being the one presented as a consequence of gestation by substitution. Accepted or not, it is an established factual reality that generates conflicts to which two different solutions are currently offered depending on whether it is a national or international pregnancy. Faced with this duality, exists the same reality in which the conflicting interests coincide: pregnant woman, minor and parents are the personal elements that must be protected regardless of the place and the way of conception. The disparate response to the common problem of the registration or non-registration of children born using this technique in Spain and, in certain foreign countries, keeps open the debate on its possible regulation in our country, in which the jurisprudence of the European Court of Human Rights has acquired special relevance.*

*In this paper, a rethinking of the current situation is carried out with the aim of offering a basis for the regulation of gestation by substitution in Spain, without forgetting the necessary international initiative.*

---

\* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de referencia DER2015-67512-P, titulado "La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional", del que soy investigadora principal y del Proyecto financiado en el marco de las Acciones de dinamización "Redes de Excelencia" del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de referencia DER2016-81752-REDT, "Justicia Civil: Análisis y prospectiva", del Programa Estatal de Fomento e Investigación Científica y Técnica de Excelencia, del que es Investigadora Principal Carmen SENÉS MOTILLA.

Agradezco muy sinceramente la ayuda recibida por parte de los profesores del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, durante mis estancias de investigación y, especialmente, al Profesor Jorge DUARTE PINHEIRO.

*Palabras clave:* Gestación por sustitución, menores, madre gestante, padres comitentes, subrogación internacional, subrogación nacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*Title:* Gestation by substitution: one reality and two solutions in the Spanish legal experience.

*Keywords:* Gestation by substitution, minors, pregnant mother, client parents, international subrogation, national subrogation, European Court of Human Rights.

## *Sumario*

1. Introducción
2. El mal denominado turismo reproductivo y sus riesgos: el problema
3. El régimen legal frente al periplo administrativo y judicial imperante
4. La voluntad procreacional como fundamento de la gestación por sustitución
5. Intereses en conflicto
6. La gestación por sustitución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
7. La involucración del Derecho Internacional Privado como una consecuencia del “turismo reproductivo”.
8. La gestación por sustitución en Portugal: ¿iniciativa a seguir o paraíso reproductivo para los españoles?
9. El Informe del Comité de Bioética: un retroceso sin perspectivas de progreso
10. Propuestas y viabilidad: dos planteamientos ante la realidad social
  - 10.1. Propuesta de Bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF
  - 10.2. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos
11. Replanteamiento en clave de progreso de la situación existente
12. Bases para la regulación de la gestación por sustitución en España
13. Consideraciones finales
14. Tabla de jurisprudencia y otras resoluciones citadas
15. Bibliografía

## 1. Introducción

La disparidad de criterios existentes entre el TS y la DGRN en materia de gestación por sustitución<sup>2</sup> y, en concreto, en lo concerniente a la inscripción o no de la filiación de los menores nacidos por esta técnica en países extranjeros, ha hecho que el debate en torno a la idoneidad o no de su regulación en nuestro país sea una constante en los últimos años.

La gestación por sustitución no se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento, aunque el contrato celebrado en España acordando esta práctica es nulo de pleno derecho<sup>3</sup>. Esto ha llevado a que se reclame una modificación del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº 126 de 27.5.2006) (en adelante, LTRHA 2006) que permita, por un lado, regular la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida excepcional; y, por otro, resolver los problemas en torno a las condiciones de validez para la determinación legal de la filiación materna subrogada contratada en el extranjero por comitentes españoles.

En este debate cabe encontrar dos posiciones claramente diferenciadas. Por una parte, están aquellos que defienden su admisión y, por lo tanto, regulación de esta práctica, basándose en un modelo altruista<sup>4</sup> que evite la huida del derecho imperativo español a otros países más permisivos bajo el amparo del mal denominado “turismo reproductivo”, el cual goza de tolerancia y total aceptación, sobre todo por parte de los solventes económicamente<sup>5</sup>; y, por otra parte, se encuentran aquellos que son contrarios a esta técnica y a su regulación, ya que la consideran una forma de explotación que atenta contra la dignidad de la mujer.

La gestación por sustitución halla respuestas legales muy distintas en los diversos países y entre los que la admiten, también cabe apreciar diferencias. La situación actual en nuestro país es que nos encontramos ante una misma realidad fáctica, tal es, el menor nacido de un contrato de gestación por sustitución, que es objeto de una doble respuesta (legal y administrativa), ya se trate de un niño nacido en España o en el extranjero. Esto conduce a un replanteamiento de la protección de la que deben ser objeto los sujetos intervinientes y de la seguridad jurídica que debe rodear a esta práctica, como realidad que ya hoy difícilmente puede seguir siendo eludida desde el ámbito jurídico, y cuya respuesta debe ser, en mi opinión, al amparo de unas pautas internacionales, aunque sea objeto de la reclamada regulación nacional<sup>6</sup>.

Por último, me gustaría aclarar que no pretendo ocuparme de las cuestiones morales que suscita la gestación por sustitución, lo que desbordaría el objeto de este trabajo. En la medida en que hay países que admiten las gestaciones por sustitución y que fruto de ellas nacen niños, esta situación exige una respuesta jurídica, cualesquiera que sean las posiciones morales que se defiendan.

---

<sup>2</sup> Se adopta la terminología de gestación por sustitución por ser el término legal en España para referirse a esta técnica en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE nº 126 de 27.5.2006). No existe interés por entrar en pugnas terminológicas, sino en otorgar soluciones a los problemas existentes con el fin de ofrecer una práctica con las máximas garantías y seguridad jurídica. Sobre los problemas de terminología, véase, entre otros, LAMM (2013), pp. 24-27.

<sup>3</sup> Véase sobre la nulidad, MONTES PENADES (2003), pp. 5-22.

<sup>4</sup> Sobre el particular, BELLVER CAPELLA (2017), pp. 229-243; ESCOBAR ROCA (2018), p. 75.

<sup>5</sup> Véase también, LÓPEZ GUZMÁN (2017), pp. 199-218.

<sup>6</sup> Como han referido CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), p. 49, la gestación por sustitución es casi siempre internacional.

## 2. El mal denominado turismo reproductivo y sus riesgos: el problema

La inadmisión del convenio de gestación por sustitución en determinados países, entre ellos España, conduce a la incansable búsqueda de la deseada descendencia en los “paraísos reproductivos” cuyas legislaciones se muestran más permisivas. La diversidad de tratamiento ayuda a su desarrollo, pues va a depender de la posición que se adopte ante el recurso a esta técnica, lo que condicione cuál sea el lugar elegido para llevar a cabo la gestación. No se pretende realizar un estudio de derecho comparado<sup>7</sup>, para lo que se puede consultar autorizada doctrina existente al respecto<sup>8</sup>, solamente se quiere dejar constancia de las actitudes adoptadas en sede de gestación por sustitución y su influencia en el turismo reproductivo<sup>9</sup>. En concreto, ante esta técnica caben tres posibles posturas: a) Prohibición de la gestación por sustitución, lo que deriva en la búsqueda del hijo en un país extranjero; b) Admisión de la gestación por sustitución altruista que, aunque reduce el turismo, no cubre la demanda; y, c) Admisión amplia de la gestación por sustitución.

Asimismo, cabe precisar que, este denominado como “turismo reproductivo”, se trata en realidad de un “turismo de circunvalación”<sup>10</sup>, el cual consiste en viajar a otro país para obtener servicios sanitarios que son ilegales en el país de origen, pero legales o permitidos con ciertas restricciones en el país de destino y, entre los que se encuentra, la gestación por sustitución como servicio reproductivo<sup>11</sup>.

Está constatado que el diverso panorama legal influye a la hora de elegir el lugar para su práctica, lo que ha generado la marcha a otros países provocando no solo el desarrollo, sino la consolidación de este mal denominado “turismo reproductivo”, el cual no se encuentra exento de ciertos riesgos. Sin ánimo de exhaustividad cabe citar, entre otros, los que siguen: 1º. Supone una opción solamente para aquellas personas que económicamente gozan de cierta solvencia, llegando incluso en determinados casos, con el fin de conseguir su objetivo, a poner en riesgo su propia economía, procediendo a la solicitud de préstamos; 2º. El control sobre la calidad y la seguridad de los servicios ofrecidos en todo el proceso reproductivo, no puede ser garantizado en términos absolutos, lo que afecta directamente a los sujetos intervinientes; 3º. La explotación de la mujer se produce en mayor medida en aquellos países que mostrándose permisivos sufren un menor desarrollo, ofreciendo esta prestación a un menor coste, pues se abusa de la precariedad económica en la que viven; 4º. La gestación por sustitución así practicada, conduce a la “comercialización de la reproducción humana”, la cual desde mi punto de vista debe ser

---

<sup>7</sup> Resulta de interés para analizar la situación en Europa con anterioridad a 2013, el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States* (2013), pp. 200 y ss.

<sup>8</sup> Véase, entre otros, LAMM (2012), pp. 11 y ss.; MORENO DE LA FUENTE (2017), pp. 5 y ss.; FARNÓS AMORÓS (2017b), pp. 201 y ss.

<sup>9</sup> Los investigadores especializados en este sector de la bioética prefieren hablar de Atención Reproductiva Transfronteriza (ARTF) y de reproducción transfronteriza. Véase, por ejemplo, VILA-CORO VÁZQUEZ (2015), p. 289; FARNÓS AMORÓS (2017b), p. 218.

<sup>10</sup> GARCÍA AMEZ/MARTÍN AYALA (2017), p. 203.

<sup>11</sup> En este tipo de “turismo” los pacientes asumen el coste de su tratamiento, de modo que suele tratarse de pacientes con rentas altas, lo que atrae a un sector comercial importante formado por los “facilitadores” o “intermediarios” con ánimo de lucro que captan tanto a las pacientes, como a las posibles madres gestantes, proceden a una selección de los hospitales de destino, así como al equipo médico, el viaje, la transmisión de historias clínicas y demás cuestiones involucradas en el proceso. Véase, GARCÍA AMEZ /MARTÍN AYALA (2017), p. 203.

perseguida; 5º. La huida de países con leyes no tolerantes que son eludidas, hacia lugares con prácticas más abiertas, puede favorecer el tráfico de menores; y, 6º. La situación del menor y los padres comitentes cuando regresan a su país de origen y pretenden legalizar la situación generada en el extranjero.

La nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España y el reconocimiento de la filiación de los menores establecida en otros países, ha generado un problema al cual se le ha tratado de otorgar una solución que resulta cuestionable, ya que provoca que los menores nacidos mediante esta técnica en nuestro país padezcan más las diferencias de la regulación, lo que desemboca como es fácilmente perceptible en la demandada socialmente “Ley de Gestación por Sustitución”. El diverso tratamiento también genera distintos tipos de familia en la que nace el menor, en la medida en que, por un lado, respecto de los menores gestados en España se establece la filiación a favor de la madre gestante, no existiendo una familia con los padres comitentes o intencionales, salvo que se recurra a otras fórmulas con posterioridad; y, por otro lado, los menores gestados en el extranjero vienen con una filiación establecida e integrados ya en una familia cuando el Estado de origen y en el que han nacido ha procedido a su reconocimiento. En consecuencia, todo parece apuntar a que mientras esta situación se mantenga, será mejor ir al extranjero a tener un hijo mediante gestación por sustitución, por lo que solamente los económicamente solventes seguirán teniendo acceso. Se tratará, en consecuencia, de una técnica de reproducción médica asistida solamente al alcance de unos pocos y con mínimas garantías de seguridad para las partes implicadas.

En todo caso, el silencio normativo o la prohibición han demostrado que no evitan la gestación por sustitución. La propia DGRN ha ofrecido la forma de legalizar a los hijos nacidos de los más solventes económicamente. Sin embargo, y con ánimo de garantizar la protección y seguridad que esta técnica merece, cabe esperar, más pronto que tarde, la aceptación legal y social de la gestación por sustitución, que sin duda se producirá de forma progresiva como todo cambio social, pues solamente hace falta llevar a cabo una mirada hacia el pasado en sede de reproducción humana asistida o en otras materias, que inicialmente también provocaron alarma social y que en la actualidad se encuentran totalmente asumidas. No se debe seguir impidiendo su previsión y, sobre todo, protección, lo que permitiría poner fin a los riesgos y diferencias que rodean a esta práctica. Pero de momento, solamente cabe denunciar la realidad a partir de lo que se ha hecho y proponer para que todo cambie.

### ***3. El régimen legal frente al periplo administrativo y judicial imperante***

La LTRHA 2006 declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, con o sin precio, en virtud del cual una mujer renuncia a la filiación a favor del contratante o de un tercero (art. 10.1)<sup>12</sup>. No obstante, cabe la reclamación de la filiación paterna en el supuesto de que el concebido

---

<sup>12</sup> Esta no es la primera vez que España ofrece una regulación sobre esta materia. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE nº 282 de 24.11.1988) (en adelante, LTRHA 1988), ya dispuso en el art. 10.1 que “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”. En el art. 10.2 del mismo texto se estableció que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Esta Ley fue parcialmente modificada por la Ley 45/2003, que fue derogada por la

fuese hijo biológico de uno de los padres comitentes (art. 10.3). De lo establecido se deduce que el contrato de gestación por sustitución celebrado en España es nulo, que la filiación está determinada por el parto<sup>13</sup> y que se mantiene la reclamación de la paternidad conforme a las reglas generales<sup>14</sup>.

La nulidad del contrato implica que los derechos y obligaciones pactados por las partes no producen efecto alguno. En el supuesto de celebración de este tipo contractual que adolece de nulidad y en el que las partes deciden llevar a cabo su cumplimiento, las consecuencias serían las mismas siendo la madre la gestante y no la predeterminada en el contrato. Ante esta situación queda la posibilidad de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y, en su caso, comitente, si procedió a la aportación de su material genético para tal fin. Esta reclamación no opera de forma automática, sino que se lleva a cabo conforme a las reglas generales posibilitando la determinación de la filiación jurídica con el nacido al menos por una de las partes. Al cónyuge o pareja del comitente, reconocida la paternidad de éste conforme al art. 10.3, le queda la posibilidad de la adopción, siempre y cuando la madre gestante la asienta transcurridas seis semanas desde el parto (art. 177.2.2º CC), lo que la convierte en madre adoptiva y legal, aun en el supuesto de ser ella quien aportó el material genético. En este caso el recurso a la adopción facilita la consecución del fin perseguido mediante la gestación por sustitución<sup>15</sup>, aunque con diferente tratamiento para el padre genético, al que se le permite el reconocimiento de la paternidad, frente a una eventual madre genética la cual solamente puede iniciar un expediente de adopción, para llegar a ser madre legal, aunque lo fuera genéticamente. En el supuesto de no existir vínculo biológico entre el menor concebido mediante gestación por sustitución y el padre comitente cabría plantearse la posibilidad de un acogimiento o procedimiento de adopción<sup>16</sup> conforme al régimen general, ante la existencia de una situación de desamparo, lo que supone conseguir igualmente el fin perseguido mediante la gestación por sustitución, aunque por otra vía. En ambos casos, exista o no vínculo biológico el ordenamiento articula mecanismos que permiten lograr el objetivo por los padres comitentes de una forma indirecta y que la norma declara nulo de forma directa. La imposibilidad de inscribir en el Registro Civil la filiación de un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución a favor de la parte comitente en España, se solventa mediante la filiación adoptiva, aunque el menor haya nacido a través de una

---

vigente en la actualidad. Sin embargo, estas dos modificaciones no afectaron en materia de gestación por sustitución a lo inicialmente previsto en 1988.

<sup>13</sup> En el ordenamiento español el origen del gameto femenino utilizado para la procreación resulta indiferente, pudiendo el mismo ser de una donante, de la mujer gestante o de la madre comitente o intencional, la filiación materna descansa, pues, sobre la verdad biológica, no la genética.

<sup>14</sup> Sobre los motivos por los cuales el contrato es nulo, se ha alegado la ilicitud de la causa, DE VERDA Y BEAMONTE (2016), p. 341, así como la ilicitud del objeto, PANTALEÓN PRIETO (1988), pp. 27 y 28. En torno a los efectos de la nulidad del contrato de gestación por sustitución, GARCÍA ALGUACIL (2014), pp. 16-17 y con posterioridad DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (2017), p. 5.

<sup>15</sup> Como ha considerado DE VERDA Y BEAMONTE (2016), p. 352; (2017), p. 608, cabe que el padre biológico ejercite la acción de reclamación de la paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC.

<sup>16</sup> La adopción que se propone en sede de gestación por sustitución no requiere declaración de idoneidad, la cual de ser objeto de la pertinente, debería ser exigida para todas las partes contratantes, es decir, la idoneidad de la gestante y la idoneidad de los padres comitentes o intencionales. Sobre la no pertinencia de la adopción del menor como una solución jurídicamente correcta desde el punto de vista del interés del menor, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), p. 93.

técnica de reproducción asistida declarada nula y sin efectos filiatorios en nuestro ordenamiento. Al fin y al cabo, el ordenamiento está facilitando los medios a través de los cuales los padres intencionales consiguen la maternidad/paternidad que ellos por sí solos no han podido lograr. No tiene mucho sentido, desde mi punto de vista, declarar la nulidad del convenio de gestación por sustitución, si con posterioridad se ofrecen las fórmulas legales para reconocer al menor nacido mediante esta técnica. Este es el régimen imperante para los menores nacidos mediante gestación por sustitución en España, pero ¿qué ocurre cuando el menor nace en un estado extranjero que regula la gestación por sustitución? ¿Qué ocurre cuando el menor nace en un estado que regula esta técnica, pero no prevé mecanismo judicial de reconocimiento de la filiación? Y, por último ¿qué ocurre cuando el menor nace en un estado que no regula esta técnica?

Ante esta realidad y a pesar de la redacción de la norma aplicable, la situación es bien distinta en los nacimientos producidos en países donde esta técnica está permitida. En concreto, cuando de parejas heterosexuales se trata la transcripción de las actas de nacimiento en el Registro Civil español no ha planteado problemas, pues no se ha dudado de la procedencia y los menores nacidos en estas circunstancias han sido considerados hijos de la pareja que solicita la inscripción de la filiación. El problema se plantea entonces respecto de las parejas homosexuales, pudiéndose hablar de un antes y un después a la Instrucción 5 de octubre de 2010, de la DGRN sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE nº 243, de 7.10.2010). Como bien es conocido, ante la negativa por parte del Canciller encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles (California) de proceder a la transcripción del acta de nacimiento extranjero de dos mellizos como hijos de un matrimonio español homosexual, nacidos mediante gestación por sustitución con aportación del semen de ambos y óvulos de una donante, se recurre ante la DGRN la cual falla en virtud de Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>17</sup>, revocando el auto apelado y ordenando la inscripción de los menores en el Registro Civil español<sup>18</sup>. La citada Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia, 15.9.2010 (AC 1707; MP: Esteban Tabernero Moreno) la deja sin efecto<sup>19</sup>. Esta sentencia fue recurrida mediante la interposición del pertinente recurso de apelación, el cual fue desestimado por la SAP Valencia, Civil Sec. 10ª, 23.11.2011 (AC 1561; MP: Carlos Esparza Olcina), confirmando la sentencia de instancia.

La aparición de nuevos supuestos, llevan a la DGRN a la fijación de una serie de criterios

---

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, DÍAZ ROMERO (2010), pp. 4-13; VELA SÁNCHEZ (2011a), p. 3; HEREDIA CERVANTES (2015), pp. 347-349; FARNÓS AMORÓS (2017b), pp. 206-207. Esta resolución permitió la inscripción en nuestro país a parejas o personas españolas (heterosexuales u homosexuales) de los hijos habidos mediante gestación por sustitución en el extranjero con la consiguiente filiación como hijos propios.

<sup>18</sup> La admisión de la inscripción y reconocimiento de la filiación queda justificada en base al interés superior del menor y la posibilidad de llevar a cabo la inscripción conforme al art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La citada Resolución permitió la inscripción existiendo certificación registral extranjera que determinara la filiación del hijo respecto de un progenitor español, no siendo necesaria una sentencia judicial sobre la filiación de los menores y el orden público internacional español no impedía los efectos jurídicos de la filiación californiana en España, aunque hubiese existido un convenio de gestación por sustitución.

<sup>19</sup> La solución adoptada por la DGRN es rechazada en base a la nulidad de la que adolece el convenio de gestación por sustitución en el ordenamiento español. Los tribunales de Valencia consideraron que la certificación registral californiana no podía surtir efectos jurídicos en España porque no se ajustaba al art. 10 LTRHA 2006. Véase, DE VERDA Y BEAMONTE (2010), pp. 1-10.



mediante la Instrucción 5 de octubre de 2010<sup>20</sup>, que permiten establecer las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de esta técnica<sup>21</sup>. A partir de la Instrucción y con el fin de garantizar la plena protección se exige como requisito previo a la inscripción, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen que establezca la filiación del menor. Con ello, se aparta del criterio adoptado en 2009, según el cual para la inscripción de la filiación era suficiente la presentación de la certificación extranjera. En consecuencia, a partir de la Instrucción para la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución en el Registro Civil español, es necesario presentar ante el encargado una resolución judicial del tribunal del país extranjero estableciendo la filiación<sup>22</sup>. En el supuesto de que provenga de un procedimiento contencioso no procederá a la inscripción, salvo que vaya acompañada de reconocimiento en España mediante exequátur. Por el contrario, si la resolución procede de un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, es suficiente un procedimiento incidental para inscribirla. Por último, solicitada la inscripción del nacido en el extranjero sin que se presente una resolución que determine la filiación, el solicitante puede intentar dicha inscripción si fuese hijo biológico por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 LTRHA 2006.

La DGRN asumiendo una competencia que no le corresponde, ha otorgado legalidad a una práctica nula en nuestro ordenamiento con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva<sup>23</sup>. Cabe pues considerar que, el excesivo protagonismo adoptado por la DGRN no es idóneo y que ha asumido demasiadas competencias como órgano administrativo, pero también hay que poner de manifiesto que ha intentado dar solución a un problema ante la pasividad del legislador. No obstante, esta Instrucción produjo un impacto inmediato, en opinión de algunos, muy positivo, en la práctica registral cotidiana de las autoridades españolas<sup>24</sup>, aunque el requisito de la exigencia de resolución judicial dejaba fuera a los niños nacidos en estados extranjeros

---

<sup>20</sup> Véase, entre otros, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), pp. 61-66; PRESNO LINERA/JIMÉNEZ BLANCO (2014), p. 12; De VERDA Y BEAMONTE, (2016), p. 357; LAMM (2016), p. 73; BAZ VICENTE (2015), pp. 271-274; HEREDIA CERVANTES (2015), pp. 350-357.

<sup>21</sup> Como es establecido en la Instrucción “atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica al interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; y, en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico”.

<sup>22</sup> La exigencia de una resolución judicial en el país de origen tiene como objetivo proceder al control del cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato atendiendo al marco legal del país en el que se ha celebrado, así como la protección de los intereses tanto del menor, como de la madre gestante.

<sup>23</sup> Como ha sido estimado por LASARTE ÁLVAREZ (2012), pp. 17 y 18, “probablemente sea más razonable admitir la maternidad subrogada y que quienes deseen obtener descendencia, superando los problemas de infertilidad, puedan recurrir a dicha técnica, al menos cuando puedan ofrecer a los futuros nacidos un entorno familiar que resulte adecuado y se considere tal por el legislador patrio, pero –eso sí– a través de la debida modificación normativa, respetando el sistema de fuentes establecido, en vez de conculcarlo sistemática y frontalmente, mediante el recurso a la vía reglamentaria”.

<sup>24</sup> CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), p. 53.

mediante gestación por sustitución que no contemplen en sus normas procedimientos judiciales para acreditar su filiación<sup>25</sup>, lo que pone de manifiesto aún más la necesidad de resolver el tema en nuestro ordenamiento.

Tras la confirmación de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia por parte de la Audiencia Provincial de Valencia, se interpone recurso de casación, el cual fue admitido a trámite y el Pleno de la Sala de lo Civil dicta la polémica STS, 1ª, 6.2.2014 (RJ 833; MP: Rafael Saraza Jimena)<sup>26</sup>. Las decisiones del TEDH generaron la apertura de un incidente de nulidad promovido contra la referida sentencia el cual fue desestimado mediante Auto TS 2.2.2015 (RJ 141; MP: Rafael Saraza Jimena)<sup>27</sup>. Los recurrentes acudieron al TC y presentaron recurso de amparo contra las resoluciones del TS, pero el TC inadmitió a trámite este recurso en julio de 2016. Por su parte, la DGRN ante los acontecimientos no se abstiene y emite la Circular-Informe de 11 de julio de 2014, que mantiene la plena vigencia de la Instrucción 5 de octubre de 2010.

En cualquier caso, hay que tener presente que se tratan de resolver los problemas que se presentan a los niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción médica asistida, atendiendo a su interés concreto, con independencia del vínculo genético con los padres comitentes o intencionales. Esto conlleva el tener que resolver el problema más actual, centrado en determinar si nuestro ordenamiento es capaz de seguir soportando el doble sistema establecido por doble vía para las gestaciones por sustitución nacionales e internacionales<sup>28</sup>.

El debate jurídico ha trascendido al ámbito de lo social lo que ha derivado en STS, 25.10.2016 (RJ 6167; MP: Antonio Vicente Sempere Navarro) y STS, 16.11.2016 (RJ 6152; MP: María Luisa Segoviano Astaburuaga), que ponen sobre la mesa el alcance de la protección social que esta situación exige, lo que conduce al otorgamiento de la prestación por maternidad<sup>29</sup>. En el orden laboral es posible considerar que se han planteado menos problemas, pues equipara la gestación por sustitución a supuestos ya legalmente protegidos como el acogimiento y la adopción para

---

<sup>25</sup> Así lo ponen de manifiesto, las RDGRN 6.5.2011 (JUR 147776) y 23.9.2011 (JUR 168313).

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, GARCÍA ALGUACIL (2014), pp. 7-12; VELA SÁNCHEZ (2014), pp. 1-17; ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2017), p. 175; HEREDIA CERVANTES (2015), pp. 358-374; FARNÓS AMORÓS (2017b), pp. 208-217. Los efectos del régimen propuesto en la Sentencia atendiendo a la regulación del art. 10.2 LTRHA 2006 implica diversos riesgos: 1º. Sucesorios hasta que se proceda a la legalización de la situación, siendo necesario el otorgamiento de testamento para poder colmar la laguna; 2º. Posibles declaraciones de desamparo y la consiguiente retirada de los menores nacidos mediante esta técnica de los padres con los que han convivido desde el nacimiento. Las exigencias del art. 10.2 a la luz de la Sentencia obligan al progenitor que aporta el material genético a iniciar un proceso de reclamación de la paternidad y a la madre a un proceso de adopción lo que dilata en el tiempo la concreción de la situación de los menores, con los riesgos que ello conlleva, así como los costes económicos ya importantes en estos procesos y asumidos por los deseados padres comitentes.

<sup>27</sup> En el Auto el TS rechaza la nulidad de su pronunciamiento al estimar que la situación que provoca la condena de Francia por el TEDH no se presentaba en España, ya que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del francés, no excluye que se pueda determinar el vínculo de filiación biológica de los nacidos mediante gestación por sustitución respecto del padre genético, mientras que en el caso cuestionado el cónyuge también podía lograr el vínculo jurídico a través de la adopción. Guarda nuevamente silencio sobre el supuesto en el que no existe relación genética entre el menor nacido y los padres o madres de intención. Como ha referido ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2016), p. 258, se fundamenta en un determinado concepto de interés superior del niño y, sobre todo, en un concreto tipo de maternidad subrogada, aquella en la que existe un vínculo biológico entre padre de intención y nacidos, siendo uno de los supuestos más frecuentes, pero no el único. Véase también, HEREDIA CERVANTES (2015), pp. 374-375 y 379-385.

<sup>28</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2016), p. 261.

<sup>29</sup> El discurso de ambas Sentencias se basa en: 1º. El interés del menor; 2º. Las situaciones análogas objeto de cobertura; 3º. La protección del estado de necesidad real nacido de una situación de facto; y, 4º. La maternidad biológica por parte de uno de los padres intencionales. En contra, STJUE, 18.3.2014 (TJCE 113; MP: S. Safjan).

reconocer los derechos a permisos por maternidad/paternidad. No obstante, es por todos conocido, aunque supone un argumento más para fomentar su regulación, que el valor de la jurisprudencia social es limitado a efectos del reconocimiento del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento.

#### ***4. La voluntad procreacional como fundamento de la gestación por sustitución***

Las técnicas de reproducción humana asistida han logrado desvincular sexualidad y procreación<sup>30</sup>, permitiendo que las disfuncionalidades no supongan un obstáculo a los efectos de la reproducción. La voluntad se erige en estos casos como el elemento que permite atribuir la condición de padre o madre a un sujeto, lo que será refrendado por el derecho ya que a pesar de los inexistentes lazos genéticos les va a atribuir idénticos efectos jurídicos<sup>31</sup>. La inclusión de este criterio ha llevado a considerar que la filiación tradicional por naturaleza o biológica y la adoptiva están en “crisis”<sup>32</sup>. Estas técnicas permiten solventar las carencias que el proceso natural de procreación pueda tener en el caso concreto, pero siempre intentado la proximidad entre ambos, lo que se manifiesta en el reconocimiento de los mismos vínculos jurídicos. Por ello, no debe interpretarse que la ciencia pretende distorsionar la reproducción natural, sino que intenta paliar las deficiencias para lograr los efectos que la natural por sí sola consigue<sup>33</sup>.

En la Exposición de Motivos de la LTRHA 1988, ya se estableció que estas técnicas tenían como objetivo solventar los problemas de esterilidad<sup>34</sup> y, en consecuencia, evitar el sufrimiento que la imposibilidad de procrear conlleva en muchas ocasiones, por lo que no deben ser entendidas las diferentes modalidades que la misma ofrece y, en concreto, la gestación por sustitución, como situaciones de riesgo que no merecen una protección debida, ya que no hay mejor derecho que aquél que ofrece protección y cobertura a las realidades fácticas existentes no volviendo la

---

<sup>30</sup> Lo que igualmente ha trascendido al planteamiento tradicional en torno a la maternidad y paternidad. En concreto, en la Exposición de Motivos LTRHA 1988, ya se puso de manifiesto que “desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer solo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad sólo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que pueden darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”.

<sup>31</sup> Véase, KEMELMAJER DE CARLUCCI/HERRERA/LAMM/DE LA TORRE (2017), p. 8; LAMM (2018), p. 203.

<sup>32</sup> SCOOTI (2012), p. 276.

<sup>33</sup> Como bien dijo VALPUESTA FERNÁNDEZ (2012), p. 78, “del hecho biológico de la procreación y posterior nacimiento de un hijo no siempre ha surgido una familia, pues la legitimidad de la unión de los padres por el matrimonio ha sido durante mucho tiempo y en no pocas sociedades causa directa o indirecta de la familia”.

<sup>34</sup> En concreto, “los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como Técnicas de Reproducción Humana o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco (...). Las Técnicas de Reproducción Asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces”.

espalda a las mismas<sup>35</sup>.

La gestación por sustitución, como técnica de reproducción asistida, tiene su fundamento en la voluntad, y recurren a ella aquellas personas que no pueden procrear de otra forma, por lo que es necesario proceder a garantizar los derechos de los sujetos que intervienen en este proceso con el fin de asegurar la calidad y protección de la que debe ser objeto, en general, el recurso a estas técnicas. Este tipo de maternidad/paternidad, como ha sido establecido en el voto particular de la ya conocida STS, 1ª, 6.2.2014 (RJ 833), es una “manifestación del derecho a procrear, especialmente importante para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio”, afirmación que si bien no es del todo cierta, pues el hijo puede ser genéticamente propio y biológicamente de otra persona, tiene como presupuesto el “derecho a la procreación” el cual, como es sabido, no se encuentra explícitamente reconocido en nuestra Carta Magna y sobre el que existe una importante polémica<sup>36</sup>. No obstante, este derecho a nivel internacional goza de gran repercusión basándose en la importancia que tiene la unidad familiar y la reproducción partiendo del derecho a fundar una familia, así como de la opción reproductiva. En concreto, el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>37</sup> establece que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin ninguna restricción por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y gozarán de los mismos derechos por los que respecta al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de su disolución” y que “la familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y merece protección por parte de la sociedad y del Estado”. Por otro lado, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>38</sup>, reconoce el derecho a formar una familia, protegiendo la vida privada y familiar de los individuos (arts. 12 y 8). En cualquier caso, cabe poder afirmar que, si bien es cierto que el “derecho a la procreación” no se encuentra expresamente reconocido, sí se reconoce su existencia y necesaria protección de una forma indirecta<sup>39</sup>.

El derecho a la salud reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>40</sup>. En concreto, la salud reproductiva, tal y como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia

---

<sup>35</sup> Las causas por las cuales se recurre a la gestación por sustitución son fundamentalmente, entre otras, las que siguen: 1ª. La infertilidad en mujeres que desean tener hijos con independencia de su edad; 2ª. Mujeres que por diferentes motivos han sufrido previamente embarazos de riesgo, o que, aunque siendo capaces físicamente de engendrar un hijo, están catalogadas como de riesgo, no siendo conveniente para su salud pasar por un embarazo; 3ª. Mujeres de edad adulta que no tienen pareja y no están dispuestas a renunciar a tener un hijo; 4ª. Mujeres que desean ser madres, pero no desean pasar por el embarazo, parto y postparto; y, 5ª. Las parejas de hombres homosexuales que quieren tener hijos genéticamente propios. Véase, FERNÁNDEZ ECHEGARAY (2016), p. 136.

<sup>36</sup> Se entiende que está implícito en el derecho a la libertad y dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE), por parte de los que defienden la legalización en España de la gestación por sustitución. Véase, IGAREDA GONZÁLEZ (2018), pp. 230-232.

<sup>37</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>38</sup> Roma 4 de noviembre de 1950.

<sup>39</sup> En STEDH 1.4.2010, caso S.H. y otros contra Austria (TEDH 56), se ha considerado “que el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso para tal fin de la procreación asistida médicamente entra dentro del ámbito del art. 8, ya que esta elección es claramente una expresión de la vida privada y familiar”, estimando asimismo que “desde el punto de vista del Tribunal el deseo de tener un hijo pertenece a una faceta particularmente importante”. Véase, IGAREDA GONZÁLEZ (2018), pp. 225-227.

<sup>40</sup> Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976.

Internacional sobre la Población y Desarrollo de 1994, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables, incluyendo el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo. El derecho a la salud reproductiva, como es establecido en la Observación General número 22 (2016) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al Derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), forma parte integrante del derecho de todos al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, debiendo todas las personas y grupos poder disfrutar de igualdad de acceso a la misma variedad, calidad y nivel de establecimientos, información, bienes y servicios en materia de salud reproductiva y ejercitar sus derechos sexuales y reproductivos sin ningún tipo de discriminación. Asimismo, debido a la capacidad reproductiva de las mujeres, la realización del derecho de las mujeres a la salud reproductiva es esencial para la realización de todos sus derechos humanos. El derecho de las mujeres a la salud reproductiva es imprescindible para su autonomía y su derecho a adoptar decisiones significativas sobre su vida y salud. La igualdad de género requiere que se tengan en cuenta las necesidades en materia de salud de las mujeres, distintas de las de los hombres, y se presten servicios apropiados para las mujeres en función de su ciclo vital. Los Estados partes tienen la obligación de eliminar la discriminación contra las personas y grupos y de garantizar su igualdad por lo que respecta al derecho a la salud reproductiva, lo que requiere que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaben la capacidad de las personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud reproductiva<sup>41</sup>.

En consecuencia, atendiendo a los derechos humanos es necesaria la regulación internacional de la gestación por sustitución basada en la voluntad procreacional y, en concreto, el derecho a la salud reproductiva que incluye desde mi punto de vista la capacidad de procrear sin riesgos gracias a los avances ofrecidos por la reproducción médica asistida<sup>42</sup>.

## 5. *Intereses en conflicto*

Como se ha dicho, el recurso a las técnicas de reproducción asistida ha permitido la disociación del proceso reproductivo lo que ha influido notablemente sobre la determinación de la filiación mediante unos criterios alejados de los habituales en la reproducción natural. En los casos de

---

<sup>41</sup>Véase, Observación General número 22, párrs. 1, 5, 11, 22, 25 y 34.

<sup>42</sup> Como ha sido establecido en el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017 (p. 20), “lo deseable sería adoptar una regulación universal básica. Si se considera que el Estado no tiene que velar para que los hijos estén vinculados a un padre y una madre biológicos, sino más bien para que cada individuo pueda reproducirse en las condiciones que considere más adecuadas (siempre que no dañen directamente al niño), entonces debería permitirse a nivel universal el acceso a las TRHA y a la maternidad subrogada. Incluso habría que garantizar esa prestación sanitaria para evitar que las personas con menos recursos tuvieran menos opciones de ver realizados sus “derechos reproductivos”. Si, por el contrario, se entiende que el bien del niño está asociado a que su madre sea quien le da a luz, entonces debería aprobarse una regulación de alcance universal que acotara el uso de esas prácticas a situaciones excepcionales. De este modo, se protegería igualmente a todos los niños y se impediría que las personas con recursos tuvieran unas opciones que quedarían vedadas a los que no los tienen”. Por ello, estima, que resulta ser “importante promover un acuerdo a nivel internacional”. Véase, sobre la vinculación de los biomateriales humanos con el derecho a la salud, GARCÍA MANRIQUE (2018), p. 27.

gestación por sustitución pueden plantearse diversas variables que inciden en los padres/madres intervinientes y que van a determinar los sujetos cuyos intereses pueden verse involucrados en el proceso de reproducción. Atendiendo a la maternidad sobre el menor nacido mediante esta técnica podemos encontrar:

1º. Madre gestante, aquella que desarrolla el embarazo, que puede ser a su vez genética si presta su óvulo, originando la llamada “gestación por sustitución tradicional”, o no genética, que es aquella que recurre a material ajeno y que lleva a cabo una “maternidad subrogada gestacional”. Esta última es la más habitual estableciéndose un vínculo genético entre madre comitente e hijo cuando genéticamente sea posible.

2º. Madre genética es aquella que aporta los óvulos o gametos femeninos y que puede o no coincidir con la madre gestante y la madre social o comitente.

3º. Madre social, llamada también madre comitente y, su caso, legal, encargada de velar por el menor nacido otorgándole la necesaria asistencia para el logro de su desarrollo integral. Esta madre puede vivir en soledad o en pareja, bien heterosexual, por lo que asumirá estas funciones con el padre comitente; o bien, homosexual, en cuyo caso las compartirá con otra mujer, existiendo dos madres comitentes. Puede ser también portadora del material genético, aunque es menos frecuente. Se trata de una madre o madres jurídicas en la medida que asumen las funciones jurídico-sociales propias de la maternidad.

Por lo que a la paternidad se refiere y ante la gestación por sustitución podemos encontrar:

1º. Padre genético, aquel que aporta el semen para el logro del embarazo mediante madre gestante y que puede coincidir o no con el padre comitente.

2º. Padre social, denominado también padre comitente encargado de velar por el menor nacido otorgándole la asistencia necesaria y que puede ser padre genético. Este padre igualmente puede vivir en soledad o en pareja, bien heterosexual, en cuyo caso comparte sus funciones parentales con la madre comitente; o bien, homosexual, siendo entonces asumidas con otro hombre. En la actualidad, cada vez son más numerosas las parejas de dos hombres y los hombres solos que recurren a la gestación por sustitución para lograr su objetivo: ser padres.

Asimismo, se encuentra el menor nacido como consecuencia de esta práctica, debiendo cualquier decisión que se adopte atender a su interés superior, cuestión no exenta de polémica como bien es sabido. También cabe citar a las agencias intermediarias dedicadas a “facilitar” estas prácticas en el extranjero, que son objeto de acusación por la mercantilización del proceso y el evidente ánimo de lucro por el que actúan. Cabe considerar que los países como Reino Unido<sup>43</sup> y Grecia<sup>44</sup> en los que esta práctica se admite de forma desinteresada este problema no se plantea o, de plantearse, se produce de forma más atenuada. No es necesario entender que, por la existencia de medios económicos la autonomía, libertad de decisión y dignidad de la madre gestante queda en entredicho. Esto debe ser valorado en cada caso concreto, pues no es lo mismo que la aceptación de la gestación por sustitución sea objeto de control judicial, a que no lo sea; o que la madre gestante disponga de un nivel de vida solvente y tenga cierta formación (STS, 1ª, 6.2.2014, RJ 833). En todo caso, obviamente las partes fundamentales y cuyos intereses deben ser objeto de la

<sup>43</sup> Surrogacy Arrangements Act de 1985 y Human Fertilisation and Embryology Act de 2008.

<sup>44</sup> Ley 3089/2002, de reproducción humana asistida, modificada por la Ley 3305/2005 y Ley 4272/2014.

debida atención son, la madre gestante, el menor y los padres comitentes, intencionales o jurídicos<sup>45</sup>.

En consecuencia, la gestación por sustitución exige en la actualidad la determinación de la maternidad y paternidad que van a resultar jurídicamente relevantes a efectos de la fijación de la filiación, como es expresamente establecido respecto de la descendencia habida mediante donación de gametos. El conflicto entre lo genético, lo biológico y lo social existente determinará en última instancia quienes son los padres en estos casos, lo que conlleva una valoración de la genética frente a la gestación en favor de lo social, pues padre o madre es quien asume las funciones que implican la crianza, cuidado y educación de un niño con capacidad para garantizarle su desarrollo integral. La voluntad como criterio de determinación de la filiación es determinante en materia de reproducción asistida y debe ser el que prime finalmente en sede de gestación por sustitución como una técnica de reproducción médica que al fin y al cabo es. Con ello, no se pretende restar importancia al criterio genético o biológico, que siguen teniendo su peso en esta materia, sino facilitar la determinación de la filiación en interés del menor, pues no se debe olvidar que conforme a este procedimiento, el menor nace y se desenvuelve en el seno de una familia que realmente lo desea y que ha tenido que superar muchos obstáculos para llegar a poder constituir una relación parental<sup>46</sup>.

No obstante, la diversidad de sujetos intervinientes hace más complejo el proceso reproductivo, lo que agudiza la problemática inherente al uso de las técnicas de reproducción asistida, ya que el niño nacido en estas circunstancias y la mujer adquieren un papel protagonista y, en concreto, esta última como consecuencia de la separación entre madre gestante y madre social o comitente.

## ***6. La gestación por sustitución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos***

El TEDH que inició su andadura ante la problemática derivada del recurso a las técnicas de reproducción asistida con el caso Evans contra el Reino Unido, en concreto, sobre la cuestionada propiedad de los embriones congelados<sup>47</sup>, se ha pronunciado en materia de gestación por sustitución en diversas ocasiones, centrándose en el conflicto que surge a efectos de la determinación de la eficacia que en el país de residencia de los padres comitentes pueda tener el acuerdo de gestación por sustitución llevado a cabo en un país extranjero. Las sentencias emitidas por el TEDH hasta el momento son las que siguen<sup>48</sup>:

1ª. Sentencia TEDH 26.6.2014 (JUR 176908), caso Mennesson contra Francia, en la cual se condena al Estado Francés por no reconocer la paternidad de parejas con niños nacidos en EEUU mediante gestación por sustitución.

---

<sup>45</sup> A ello debe unirse la presión que sufren los centros de reproducción asistida por parejas que desean acceder a la gestación por sustitución como medio para conseguir descendencia, los cuales, con riesgo incluso de incurrir en "fraude de ley", colaboran en el procedimiento facilitando a las parejas actos preparatorios o necesarios dentro del proceso con la finalidad de reducir los desplazamientos. Véase, por ejemplo, ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ (2016), p. 64.

<sup>46</sup> SILVA PEREIRA (2017), p. 10.

<sup>47</sup> STEDH 7.3.2006 (TEDH 19). Confirmada por la Gran Sala del TEDH 10.4.2007 (JUR 101309).

<sup>48</sup> Véase, análisis detallado, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2018), pp. 69-77.

2ª. Sentencia TEDH 26.6.2014 (JUR 176905), caso Labassee contra Francia, en la que se condena nuevamente al Estado Francés a establecer un vínculo de filiación entre un padre y un hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución<sup>49</sup>.

3ª. Sentencia TEDH 21.7.2016 (TEDH 61), caso Foulon y Bouvet contra Francia, se condena parcialmente al Estado Francés, los demandantes habían recurrido a la gestación por sustitución en la India, lo que conlleva el nacimiento de una niña (Foulon) y dos gemelos (Bouvet)<sup>50</sup>.

4ª. Sentencia TEDH 19.1.2017 (JUR 14349), caso Laboire contra Francia, condenando al Estado Francés por el no reconocimiento de la inscripción en el Registro Civil de dos niños nacidos en 2010 en Ucrania mediante gestación por sustitución, siendo los padres de nacionalidad francesa<sup>51</sup>.

5ª. Sentencia TEDH Gran Sala 24.1.2017 (JUR 25806), caso Paradiso y Campanelli contra Italia, que procede a la revocación de la Sentencia TEDH 27.1.2015 (TEDH 17), avalando la decisión de las autoridades italianas de retirar a unos padres la custodia de un niño concebido mediante gestación por sustitución en Rusia y con el que no tienen vínculo biológico alguno.

En términos generales, la doctrina establecida por el TEDH en materia de gestación por sustitución en los casos contra el Estado francés, puede resumirse en los siguientes puntos: 1º. Los progenitores tanto en el caso Mennesson como Labassee habían aportado el esperma y el óvulo procedía de donante; 2º. Las gestaciones por sustitución se habían llevado a cabo en dos estados, California y Minesota respectivamente, en los que esta práctica es legal, pudiendo ser los menores inscritos en ambos Registros Civiles; 3º. Tanto en el caso Mennesson como Labassee se deniega la posibilidad de inscribir por parte de los progenitores a sus hijos al considerar que se estaba atentando contra el orden público. La denegación de acceso al Registro Civil de los menores los privaba de la nacionalidad francesa con la repercusión que ello tenía para los mismos. Ante esto el TEDH estima que no ha existido violación del art. 8 CEDH en lo que se

---

<sup>49</sup> El conocido como, caso "Mennesson y Labassee", que atiende a situaciones muy parecidas, fue resuelto de la misma forma y el mismo día. En ambos supuestos, los menores habían nacido como consecuencia de sendos acuerdos en los que se había pactado la gestación por sustitución en Estados Unidos (California y Minesota). Siendo los menores reconocidos como hijos de los Sres. Mennesson y Labassee respectivamente, las autoridades francesas no reconocieron la filiación establecida atendiendo al derecho francés y, ante lo cual, el TEDH estimó: 1º. El art. 8 CEDH no estaba violado respecto de los padres, pero el derecho del niño a que sea respetada su vida privada y familiar y, en concreto, su derecho a la identidad sí estaba afectado; 2º. La negativa por parte del Estado francés tiene como objetivo evitar que sus nacionales satisfagan fuera de su estado su deseo de ser padres mediante una técnica de reproducción asistida prohibida en su territorio. Sin embargo, también reconoce que el Estado francés no puede permitir la destrucción del derecho a la identidad, parte del concepto de intimidad, ya que existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de esta forma y la determinación legal de su filiación. Por lo que, las sentencias francesas que negaban la filiación de estos menores, habían sobrepasado el margen de apreciación de los Estados; y, 3º. Las decisiones adoptadas por las autoridades francesas resultan ser incompatibles con el interés superior de los menores, lo que también se manifiesta en su derecho a heredar, que resulta afectado salvo que los comitentes procedan a otorgar testamento, lo que resulta igualmente perjudicial ya que los derechos hereditarios de los menores bajo esta forma resultan ser menos favorables.

<sup>50</sup> El TEDH consideró que la situación planteada en los casos "Foulon y Bouvet" era similar a la de "Mennesson y Labassee" en la que, aun habiéndose reconocido que no existía violación del derecho a la vida familiar de los progenitores y demandantes, sí se había producido una violación al derecho de respeto de la vida privada de los niños implicados, por lo que procedía resolver de igual forma.

<sup>51</sup> El TEDH resuelve de forma similar ante la coincidencia con los casos "Mennesson y Labassee" y "Foulon y Bouvet" respectivamente, reconociendo nuevamente que se había producido una infracción del derecho a la vida privada de los menores involucrados. En consecuencia, cabe considerar, atendiendo a la doctrina del TEDH en todos los casos referidos contra el Estado francés que, todo menor cualquiera que sea la forma de su concepción o gestación tiene derecho a que le sea reconocida su filiación e identidad.



refiere al derecho de los demandantes al respeto de su vida privada familiar, considerando que existe una violación del referido precepto respecto de la vida privada de los menores; y 4º. La cuantificación de los daños morales que esta situación produce a partir del caso Labassee y su cuestionada idoneidad.

Frente a la doctrina consolidada en los asuntos de gestación por sustitución contra Francia que de forma reiterada admite la violación del derecho de los menores al respeto de su vida privada que no de la vida familiar de sus padres comitentes, se observa un cambio en el supuesto contra Italia, caso Paradiso y Campanelli. Las diferencias entre las cuestiones litigiosas parecen confirmar su distinto tratamiento, pues en el caso Mennesson y Labassee existía vínculo genético entre los padres comitentes y los menores, ya que se había procedido a la aportación de los gametos, por lo que resultaban ser padres genéticos y biológicos. Asimismo, los padres comitentes han llegado a convivir con los menores durante más de diez años, siendo además, estas partes en el procedimiento<sup>52</sup>. Por el contrario, en el caso Paradiso y Campanelli, no existe vínculo biológico entre los padres comitentes y el menor nacido mediante gestación por sustitución, durando la convivencia menos de un año. Además, el menor no ha sido parte en el proceso, en la medida en que los demandantes carecen de la condición necesaria para representar sus intereses en los procedimientos judiciales<sup>53</sup>. El TEDH en el caso Paradiso y Campanelli se acoge a la protección de la familia ya existente para proceder a la salvaguarda del menor nacido mediante gestación por sustitución, pero no se pronuncia sobre esta técnica.

En consecuencia, cabe estimar que, el TEDH no se ha manifestado en torno a la aceptación o no de la gestación por sustitución, en la medida en que las cuestiones planteadas versan sobre: 1ª. El registro de una partida de nacimiento extranjera o el reconocimiento de la relación legal entre padres e hijos vinculado al nacimiento de un niño mediante gestación por sustitución, siendo el material genético aportado por los padres comitentes (casos contra el Estado francés); y, 2ª. La inviabilidad de las medidas adoptadas por las autoridades que provocaron la separación permanente del niño respecto de sus padres comitentes. Es decir, si las medidas que causaron la salida del menor de la que era su familia hasta el momento, constituyen una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar (caso contra el Estado italiano).

Aunque el TEDH reconoce a partir de estas sentencias plena capacidad a los Estados para dictar disposiciones jurídicas que admitan o prohíban la gestación por sustitución, incorporando sanciones penales o administrativas a los progenitores, cabe también entender que es posible no proceder al desarrollo normativo. En cualquier caso, es preciso interpretar que estas posibles posiciones que pueden asumir los Estados partes, no hace más que complicar la situación, ya que en la actualidad la gestación por sustitución no tiene fronteras. Faltan respuestas uniformes en la medida en que las opciones legislativas son diversas e incluso contrapuestas y las decisiones judiciales son heterogéneas y solamente aplicables al supuesto de hecho concreto, pudiéndose producir respuestas diferentes aun dentro de un mismo ordenamiento en base a la concurrencia de distintas circunstancias<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2017), p.1; FARNÓS AMORÓS (2017a), p. 234.

<sup>53</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2017), p.2; FARNÓS AMORÓS (2017a), p. 234.

<sup>54</sup> GARCÍA RUBIO/HERRERO OVIEDO (2018), p. 80.

La importancia que en las STEDH se otorga al vínculo genético en los casos de gestación por sustitución, vincula la vida familiar a la existencia de lazos genéticos, lo que en la actualidad resulta insostenible, pues el propio TEDH se refiere a la “familia de hecho” con independencia de la existencia o no de posibles vínculos genéticos<sup>55</sup>. No obstante, en el caso Paradiso y Campanelli, estima que no existe vida familiar de facto por la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres comitentes y la duración de la relación con el menor es muy corta, lo que denota la precariedad de los vínculos desde un punto de vista jurídico, y aunque existe un proyecto parental y calidad en los vínculos afectivos, concluye que no se cumplen las condiciones para considerar que existe una vida familiar de facto y, por lo tanto, no existe vida familiar y tampoco violación del derecho a la vida privada familiar. Valorando el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño ha podido tener en su vida privada, no ignorando el daño moral que esto conlleva, el interés general en juego pesa mucho en el equilibrio, por lo que comparativamente debe otorgarse menos peso al interés de los solicitantes por garantizar su desarrollo personal mediante la búsqueda de su relación con el menor. En otro orden de ideas, el temor manifestado en torno al tráfico de niños como problema implícito a la gestación por sustitución, puede solventarse mediante una regulación de la misma y una práctica dentro de unos márgenes de igualdad entre los Estados lo que arrojaría una mayor seguridad jurídica.

En cualquier caso, es necesario reconocer que el TEDH ha conseguido que en determinados supuestos los hijos nacidos mediante esta técnica tienen que tener reconocida forzosamente su filiación y estar inscritos en el Registro Civil, cuestión que no puede pasar desapercibida para el resto de los países que vinculados por el Convenio no adoptan una postura determinante ante este problema social.

### ***7. La involucración del Derecho Internacional Privado como una consecuencia del “turismo reproductivo”.***

La implicación del Derecho Internacional Privado deriva del recurso a esta técnica y sus variedades en países en los que sus legislaciones resultan ser más permisivas y reconocen efectos jurídicos al convenio de gestación por sustitución. Su identificación como un “negocio global” se ha producido por parte de la Conferencia de la Haya, la cual en el Informe Preliminar de 2012<sup>56</sup>, defendía la necesidad de llegar a un acuerdo internacional en esta materia, opinión mantenida en el último Informe, publicado en febrero de 2017, en el que especifica la importancia de unificar criterios a nivel internacional para la elaboración de un instrumento multilateral sobre el reconocimiento de la filiación por parte de los distintos tribunales extranjeros<sup>57</sup>.

Sin embargo, en un Informe de 2015<sup>58</sup>, se alerta sobre las amenazas que afectan a los derechos humanos en relación con los acuerdos de gestación por sustitución, entre las que cabe citar las

---

<sup>55</sup> El TEDH acepta la existencia de la vida privada familiar de facto cuando no existen enlaces biológicos o un vínculo legalmente reconocido, siempre que existan vínculos personales efectivos.

<sup>56</sup> Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. Conférence de La Haye de Droit Internationale Privée, 10 Mars 2012.

<sup>57</sup> Rapport du Groupe d’experts sur le projet filiation/maternité de substitution (Réunion du 31 janvier au 3 février 2017).

<sup>58</sup> Document préliminaire No 3<sup>a</sup> A de février 2015 à l’attention du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la conférence.

que siguen: 1ª. El posible abandono de los niños por parte de los comitentes, ya sea por razones de salud o de preferencia de sexo; 2ª. La inadecuación de los comitentes para ser padres y el riesgo de tráfico de niños; 3ª. El derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; 4ª. El problema de la libertad del consentimiento emitido por la madre gestante; y, 5ª. Las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación. Al respecto, cabe estimar y mantener que una correcta legislación con pautas internacionalmente establecidas puede controlar y, en su caso, paliar estas amenazas que acechan sobre esta técnica y provocan la violación de los derechos humanos.

Los problemas fundamentales de Derecho Internacional Privado que la gestación por sustitución presenta son tres: 1º. La determinación de la jurisdicción competente; 2º. La determinación del derecho aplicable a la relación jurídica; y, 3º. El reconocimiento y ejecución de sentencias<sup>59</sup>. No obstante, la cuestión en la práctica se reduce a resolver principalmente dos cuestiones: 1ª. El reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras; y, 2ª. La circulación internacional de los documentos extranjeros<sup>60</sup>. A ello cabe añadir que, la inexistencia de la institución en el país, aunque no se encuentre expresamente prohibida, puede motivar el recurso al orden público internacional y el fraude de ley.

La entrada del Derecho Internacional Privado debe buscar la consonancia con la garantía y respeto de los derechos humanos, lo que implica la búsqueda del equilibrio entre la protección de los mismos y la salvaguarda de la identidad cultural. En todo caso, las respuestas desde este sector del ordenamiento deben ser flexibles y capaces de ofrecer al juez los caminos necesarios para reconocer la filiación, salvo que los principios fundamentales del foro se lo impidan de forma inevitable. Estos principios se encuentran representados en opinión de SCOTTI<sup>61</sup>, por las garantías y derechos humanos de los niños, que requieren de una precisa protección jurídica<sup>62</sup>.

### ***8. La gestación por sustitución en Portugal: ¿iniciativa a seguir o paraíso reproductivo para los españoles?***

Como ya es conocido Portugal establece el régimen de la gestación por sustitución mediante la Ley nº 25/2016, de 22 de agosto y el Decreto-Reglamentario 6/2017, de 31 de julio que otorga realidad a la referida Ley<sup>63</sup>. Se trata de una norma restrictiva ya que excluye a las parejas de

---

<sup>59</sup> SCOTTI, p 277.

<sup>60</sup> SCOTTI, p. 277.

<sup>61</sup> SCOTTI, pp. 288 y 289.

<sup>62</sup> En el ámbito Internacional cabe destacar también, la labor del Consejo de Europa que publicó el 21 de septiembre de 2016 un Informe de la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Parlamentaria, que lleva por título "Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution", poniendo de manifiesto la necesidad de llevar a cabo la elaboración de un instrumento multilateral para solucionar los problemas que esta técnica plantea en materia de filiación. Por su parte, el Parlamento Europeo, en su Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto, de 17 de diciembre de 2015, establece en su apartado 114, que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana de la mujer. El 15 de marzo de 2016 la Comisión de Asuntos Sociales y de la Salud del Consejo de Europa rechaza la propuesta del Informe Sutter que defendía la gestación por sustitución.

<sup>63</sup> Véase, entre otros, DIAS PEREIRA, (2018), pp. 32-47; SILVA PEREIRA (2017), p. 19; DUARTE PINHEIRO (2016), pp. 184-195.

hombres y hombres sin pareja<sup>64</sup>, pero sí es posible afirmar que brinda mayores ventajas con respecto a las regulaciones ofrecidas por otros países en relación con las parejas casadas o de hecho, heterosexuales de mujeres afectadas por una infertilidad reconocida por una autoridad médica<sup>65</sup>. Se puede considerar que en Portugal se ofrece una regulación de la gestación por sustitución intermedia<sup>66</sup>, ya que es admitida en términos excepcionales, con base en la comprobación de razones clínicas y de salud<sup>67</sup>.

En su articulado es posible apreciar un conjunto de condiciones que deben ser consideradas como fundamentales: 1<sup>a</sup>. La gestación por sustitución solamente es posible a título excepcional; 2<sup>a</sup> La gestante no recibirá precio alguno, salvo una contraprestación que está destinada a cubrir los gastos del proceso<sup>68</sup>; 3<sup>a</sup>. La solicitan las mujeres que demuestran que no pueden gestar, ya sea por ausencia de útero o lesión o enfermedad que se lo impida, la existencia de graves riesgos para la salud de la madre o del hijo y otras situaciones clínicas que lo justifiquen<sup>69</sup>; 4<sup>a</sup>. La gestante debe ser buscada por la familia comitente, no pudiendo existir una relación de subordinación económica, ya sea de naturaleza laboral o de prestación de servicios, y no puede ser donante del óvulo utilizado en el procedimiento<sup>70</sup>; 5<sup>a</sup>. Al menos uno de los padres intencionales debe aportar su material genético<sup>71</sup>; 6<sup>a</sup>. La comprobación de la infertilidad y la estimulación ovárica, así como

<sup>64</sup> Solamente los hombres que se encuentren casados o formen una pareja de hecho con una mujer tienen acceso a esta técnica, lo que puede ser estimado como carente de “cualquier base jurídica” y “muy criticable y discriminatorio”, VELA SÁNCHEZ (2016), p. 5. La exclusión de las parejas de hombres casados y de hecho, así como los hombres solteros, resulta especialmente llamativo en un país en el que se les permite el matrimonio desde 2010 y poder adoptar. Incluso hay quien ha estimado que la Ley contiene inconstitucionalidades, SILVA PEREIRA (2017), p. 1, como luego se comprobará.

<sup>65</sup> Desde España ha sido evaluada por VELA SÁNCHEZ (2016), p. 1, como “una regulación exigua, contradictoria en algún punto y discriminatoria en cuanto a los posibles beneficiarios del convenio gestacional”, aunque “es muy plausible la determinación del legislador portugués por recoger esta institución de la que podrán beneficiarse, seguramente, los ciudadanos españoles”.

<sup>66</sup> DUARTE PINHEIRO (2016), p. 194, estima que Ley responde a un “modelo de prohibición relativa”.

<sup>67</sup> El TC en Sentencia n<sup>o</sup> 225/2018, de 24 de abril, Diário da República, 1<sup>a</sup> Série, N<sup>o</sup> 87, 7 de mayo 2018, ha declarado la inconstitucionalidad de diversos aspectos de la regulación de la gestación por sustitución, al respecto se estima que conforme al modelo establecido por la Ley no fomenta la explotación económica de la mujer, no viola la dignidad del niño ni el deber de protección de la infancia. Sin embargo, existen determinados aspectos de la realidad legal que pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad: 1<sup>o</sup>. La limitación a la revocabilidad del consentimiento de la gestante por restringir desproporcionadamente el derecho al desarrollo de la personalidad interpretado a la luz del principio de la dignidad de la persona humana y su derecho a constituir una familia, lo que se extiende a la norma que determina que una vez producido el nacimiento el niño es hijo de los beneficiarios; 2<sup>o</sup>. El régimen de nulidad sin regular de forma expresa las eventuales consecuencias en materia de filiación lo que atenta contra el interés del menor, el cual nada tiene que ver con las ilegalidades cometidas, pagos excesivos a la gestante descubiertos años después de la entregada del menor, así como las cuestionadas razones clínicamente justificadas para la gestación por sustitución. No se establece tampoco el límite temporal para el ejercicio de la nulidad ya que la ley guarda silencio sobre el particular, lo que genera incertidumbre que resulta incompatible con la seguridad jurídica que reclama esta realidad; y, 3<sup>o</sup>. La indeterminación sobre los límites a la autonomía de las partes y, en concreto, los límites a las restricciones al comportamiento de la gestante.

<sup>68</sup> La gratuidad de la gestación por sustitución no convence para aminorar los problemas que presenta la explotación de las mujeres, pues las actividades que surgen de la generosidad y la gratuidad suelen ser “actividades femeninas”. Véase, SILVA PEREIRA (2017), p. 2.

<sup>69</sup> Sobre los problemas de identificación de los casos, se pronuncia, SILVA PEREIRA (2017), p. 16, quien además precisa que la indeterminación del tipo criminal afecta al interés superior del menor nacido mediante este proceso.

<sup>70</sup> No hace referencia la Ley Portuguesa a la necesidad de que la potencial gestante haya sido madre previamente, lo que desde mi punto de vista es crucial a efectos de garantizar su conocimiento en torno al proceso al cual se enfrenta pudiendo emitir un consentimiento más libre e informado.

<sup>71</sup> Esta limitación es muy cuestionable pues cierra su práctica a mujeres solas que padecen infertilidad. Comparte esta idea, VELA SÁNCHEZ (2016), p. 8.

la transferencia del embrión y el parto deben llevarse a cabo en Portugal; 7<sup>a</sup>. Las partes del convenio deben prestar su consentimiento libremente, de forma expresa y por escrito, pudiendo revocarlo hasta el inicio de la técnica de reproducción asistida; 8<sup>a</sup>. Las partes deben ser informadas por escrito del margen de influencia de la gestante en el proceso, la cual no puede estar sometida a restricciones, así como del posible destino del feto en el caso de que existan malformaciones; 9<sup>a</sup>. Los menores nacidos por esta técnica son tenidos como hijos de los respectivos beneficiarios<sup>72</sup>. Precisa la norma que los negocios jurídicos que no respeten lo dispuesto en el art. 8 serán considerados nulos<sup>73</sup>.

Cabe apuntar que el acceso a no nacionales no ha sido tratado en la norma, por lo que cabe considerar que al no excluirlo expresamente puede ser beneficiario cualquiera que cumpla con los requisitos legalmente establecidos. Asimismo, la autorización previa por parte de los centros autorizados por el Ministerio de Salud es imprescindible para el inicio de cada proceso. En la solicitud la familia intencional, la gestante y el Centro Médico deben demostrar que son cumplidos todos los requisitos exigidos por la Ley. En consecuencia, el control y supervisión de los convenios corresponde al Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, con intervención del Colegio de Médicos. No obstante, conforme al art. 2 del Decreto-Reglamentario 6/2017, solicitada la autorización previa para la celebración del contrato por los beneficiarios y la madre gestante, en un plazo máximo de 60 días es valorado por el Consejo Nacional de Procreación Médica Asistida y, en caso de admisión, solicita un dictamen del Colegio de Médicos, para lo que dispone de 60 días. Este carece de carácter vinculante y ante la falta de emisión de su parecer, el procedimiento puede proseguir en esos términos y ser decidido sin el mismo<sup>74</sup>. La gestión de los conflictos derivados de la interpretación o ejecución del negocio jurídico, según el art. 3, M) Decreto-Reglamentario 6/2017, deja en manos de las partes la determinación de la forma de resolución, lo que da entrada entre otras posibles a la mediación familiar pues de un conflicto familiar se trata.

En base a lo establecido cabe considerar que el contrato de gestación por sustitución en Portugal no es solo de las partes privadas, sino que se trata de un acuerdo marcado por la intervención pública destinada a salvaguardar la dignidad de las partes contratantes, sobre todo, de la gestante, por lo que atiende a la fase previa del proceso, no a la posterior como hace el TEDH.

En términos generales cabe considerar que, las grandes deficiencias de Ley Portuguesa junto con las cuestiones de inconstitucionalidad ya referidas, se encuentran en: 1<sup>a</sup>. No limitar el convenio a los nacionales portugueses, lo que fomentará el turismo reproductivo en torno a esta práctica; 2<sup>a</sup>. La edad de los beneficiarios, pues resulta poco acertada la edad mínima exigida a la gestante en 18 años por la trascendencia física y psíquica del acto que lleva a cabo, así como por la situación económica en la que puede encontrarse una joven de esa edad, lo que puede llevarla a prestar su

---

<sup>72</sup> Ha sido muy criticado la no concesión de un plazo para decidir una vez producido el alumbramiento, como ocurre en sede de adopción, SILVA PEREIRA (2017), p. 20.

<sup>73</sup> La nulidad del contrato implica la no producción de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, por lo que la mujer que da a luz al niño, no siendo considerada parte en el contrato, debe constar en la inscripción de nacimiento como su madre, así como en los supuestos de gestación por sustitución a título oneroso, ilícitos o delictivos. La gestante, según la legislación portuguesa, es una mujer a la que se le imputa un comportamiento lícito, ya que de lo contrario si es autora de un contrato ilícito o comportamiento delictivo será madre, SILVA PEREIRA (2017), p. 14.

<sup>74</sup> DIAS PEREIRA, (2018), p. 36.

consentimiento por otras causas, aunque el contrato sea gratuito. Esta misma edad se entiende para los beneficiarios, lo que resulta llamativo, ya que no se comprende como una técnica con ese coste económico, puede ser sufragada por unos beneficiarios y gestante de 18 años; 3ª. Los posibles beneficiarios, excluyendo a un colectivo al que se le tienen reconocidos con anterioridad otros derechos, lo que resulta incoherente y discriminatorio; 4ª. La falta de valoración en torno a la idoneidad tanto de la gestante como de los potenciales padres intencionales; 5ª. La ausencia de previsión legislativa en un principio sobre el derecho de la gestante a tener un seguro, el cual es referido con posterioridad en el art. 3, L) Decreto-Reglamentario 6/2017; 6ª. No se contempla la creación de un Registro o censo público de mujeres gestantes, pero ha prohibido la existencia de cualquier intermediario con ánimo de lucro, lo que hace que sea la propia familia intencional la que deba buscar a la mujer gestante, que puede ser española y no tener residencia en Portugal, así como de su propio entorno familiar o círculo de amistades; 7ª. No trata el conflictivo tema de la gestación por sustitución internacional.

Ante la regulación ofrecida por el país vecino, se ha llegado a considerar que el nuevo régimen luso puede abrir las puertas a una contractualización de la maternidad, para lo que se impone una fuerte fiscalización con vistas a evitar abusos<sup>75</sup>, pero la reciente inconstitucionalidad declarada de algunos de sus preceptos pone nuevamente sobre la mesa el debate acerca de la gestación por sustitución y cómo debe ser regulada.

### ***9. El Informe del Comité de Bioética: un retroceso sin perspectivas de progreso***

El día 19 de mayo de 2017 el Comité de Bioética de España publica el “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”<sup>76</sup>. En el mismo se reconoce la “internacionalización de esta práctica”, así como su repercusión mediática, sobre todo cuando afecta a personajes famosos. Precisa que en el Derecho español no se ofrece una respuesta uniforme a este problema, existiendo diferencias entre las posiciones de la DGRN y el TS lo que se traduce en inseguridad jurídica para las partes intervinientes, sobre todo para los hijos.

Los problemas que a juicio del Comité suscita la gestación por sustitución son fundamentalmente dos: 1º. La nulidad de la gestación por sustitución y el hecho de que muchos españoles sean padres mediante esta técnica en otros países, hace que se cuestione la eficacia de la legislación nacional y su posible aplicación respecto de aquellos que no tienen recursos económicos; y, 2º. La nueva vida humana que surge, la cual debe ser objeto de la debida protección, manifestada en este caso mediante el reconocimiento de la filiación legal<sup>77</sup>. Esto hace que se plantee incluso el posible no reconocimiento de esta técnica para desincentivar que sea un medio para conseguir lo que legalmente está prohibido. Este planteamiento me parece del todo desacertado, pues buena prueba de ello es que la nulidad actual no desincentiva su práctica, al contrario, complica la situación y genera inseguridad, además de ser accesible solamente para unos pocos.

El Comité tras realizar un análisis de la realidad estima, en términos generales, lo que sigue: 1º.

<sup>75</sup> DIAS PEREIRA, (2018), p. 37.

<sup>76</sup> Para la valoración del Informe, véase, VELA SÁNCHEZ (2017), pp. 1-18.

<sup>77</sup> Sobre los problemas que se presentan en los supuestos de gestación por sustitución internacional, véase, LAMM/RUBAJA (2016), pp. 152-155.

La maternidad subrogada nacional no puede tratarse aisladamente respecto de la internacional, tomarse en serio la gestación por sustitución implica adoptar medidas para que los ciudadanos con recursos no puedan llevar a cabo acciones que se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento, y que se desarrollan en países en los que no están suficientemente garantizados los derechos de las gestantes y los niños; 2º. La gestación por sustitución altruista no cubre la demanda que su admisión conlleva, lo que deriva en la búsqueda de alternativas, bien en España presionando para la regularización de la gestación comercial; o bien, en el mercado internacional, donde siempre existirá un país que vean en ella un buen negocio; y 3º. Mantener la nulidad de los contratos de gestación por sustitución a nivel nacional, en base a las siguientes causas fundamentales: 1ª. El “principio de precaución” recomienda esperar a valorar las consecuencias de la aprobación de la gestación por sustitución en países de nuestro entorno, ya que en nuestro país el estatus jurídico del menor que es hijo biológico de, al menos, uno de los comitentes queda garantizado o protegido; 2ª. Los organismos intergubernamentales que hasta el momento se han pronunciado sobre el tema adoptan posiciones de cautela o rechazo; 3ª. La gestación por sustitución altruista contribuiría a plantearse a continuación la gestación retribuida y a tener que aceptar sin condiciones las inscripciones de filiación procedentes de acuerdos de subrogación internacionales; y, 4ª. La gestación por sustitución comercial internacional se encuentra vinculada a la explotación de las mujeres gestantes.

Para concluir considera el Informe que “la regulación actual no ha impedido que en España proliferen la maternidad subrogada internacional de carácter comercial. Para ello se ha aprovechado un presunto vacío legal (a pesar de que la Sentencia del TS de 2014 dejó claro que no existía tal) y la cobertura administrativa de una Instrucción de la DGRN contraria a la doctrina del TS. Este anómalo estado de cosas debe resolverse de forma inmediata. Entre tanto sigue habiendo personas que recurren a estas prácticas en el extranjero, confiando en que podrán inscribir a su favor en España la filiación de los hijos encargados en el extranjero. Las agencias mediadoras, lejos de advertir sobre la irregularidad de la situación y el consiguiente margen de inseguridad jurídica en el que se realizan esas acciones, dan por supuesto que no existe problema legal alguno”. Por ello, entiende que “esta situación no puede sostenerse de forma indefinida y exige una respuesta eficaz del legislador”, resultando sorprendente que establezca que “la propuesta con la que concluimos este informe va dirigida precisamente a garantizar lo que la LTRHA quiso garantizar tanto en 1988 como en 2006: la nulidad de los contratos de gestación subrogada independientemente del lugar en que se celebren, para evitar así la explotación de las mujeres y la lesión del interés superior de los niños”.

Ante esta posición cabe formularse las siguientes interrogantes: ¿Qué quiere o pretende el Comité? ¿La solución actual es la mejor? ¿Esta situación debe resolverse de forma inmediata o esperar a ver qué hacen el resto de los Estados? La regulación actual ¿ha evitado la explotación de las mujeres? ¿Ha limitado el turismo reproductivo? ¿Protege el interés de los menores? O, por el contrario, ha permitido una doble regulación para una misma realidad según el menor, cuyo interés se pretende tanto proteger, haya sido concebido mediante gestación por sustitución nacional o internacional.

En todo caso, si el discurso desarrollado en el Informe no se encuentra exento de llamativas afirmaciones, tampoco lo está de importantes contradicciones. Así en concreto, rechazando la

maternidad subrogada, pero no vamos a entrar a valorar las precisiones terminológicas que ya fue aclarado por el Comité aunque no lo ha cumplido, entiende que todo “contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio”, pero también considera que “la experiencia de los últimos años ha evidenciado que la norma vigente no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue: la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. Aprovechando las leyes permisivas de algunos países, ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en el extranjero y, a continuación, logran inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España”. Reconociéndose como un órgano creado para el asesoramiento técnico-jurídico, estima que la reforma que se acometa, debe estar presidida por tres criterios fundamentales: 1º. Principio de mínima intervención, extendiendo la nulidad prevista a nivel nacional para los contratos celebrados en el extranjero, admitiendo la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedican a esta actividad; 2º. La prohibición universal de la maternidad subrogada internacional, como si esto estuviera en manos del legislador nacional; y, 3º. La transición segura a una regulación más efectiva que pueda producir como efecto colateral dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos, para lo que estima una garantía la determinación de la filiación en el extranjero conforme a la doctrina del TS. Rechaza pues la postura de la DGRN.

Ante estas conclusiones merece especial atención algunos aspectos puestos de manifiesto en el voto particular emitido por ROMEO CASABONA, vocal del Comité. El estudio del mismo arroja, desde mi punto de vista, cierta claridad en torno a las siguientes cuestiones: 1ª. La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida; 2ª. La gestación por sustitución en España no está prohibida y no lleva aparejada sanción alguna su utilización; 3ª. La regulación existente en España ha provocado que los españoles se marchen al extranjero legalizando vía Instrucción DGRN la filiación del niño así nacido, lo que se traduce en “una sensible merma para la garantía de la seguridad jurídica” y en la existencia de “dos categorías de ciudadanos en relación con el acceso a la maternidad subrogada”; 4ª. La existencia de agencias intermediarias privadas con ánimo de lucro que actúan con plena libertad en nuestro país, pero ofreciendo sus servicios en el extranjero a un núcleo determinado de la población que desea tener descendencia; y, 5ª. La maternidad subrogada no supone en sí misma una explotación de la mujer, aunque existe el riesgo real de que así suceda, tampoco supone una compraventa de niños, pero sí que puede situar en el núcleo de la gestación el aspecto mercantilista.

Sin embargo, a pesar de este planteamiento, concluye considerando que ante esta situación de “cierto descontrol y de desprecio o postergación” de nuestro sistema jurídico, no cabe a día de hoy “otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, solución que estima no es plenamente satisfactoria, pero que de momento mientras no se ponga orden a la situación actual no tiene alternativa. De igual forma, también propugna su insatisfacción ante el mantenimiento del régimen legal actual, sin proceder a un planteamiento de otras propuestas encaminadas a reforzarlo, de modo que la voluntad de la Ley sea efectivamente respetada. Por otro lado, espera que, en una futura y cercana situación de mayor seguridad jurídica, quepa plantearse la posibilidad de “abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales, en la que se puedan conjugar los intereses de los hijos, los de las madres gestantes



y los de las parejas comitentes”, pero en la situación actual una internacionalización de las respuestas contra la maternidad subrogada o contra los excesos no lo ve como un camino fructífero.

En cualquier caso y en términos generales, cabe apreciar que, el Informe del Comité poco aporta a la posible solución y esclarecimiento de los problemas ya existentes. Constituye una prueba más de la falta de interés en torno a la protección normativa que esta realidad social reclama hace ya muchos años. El mantenimiento de la nulidad y la no internacionalización son pruebas evidentes de que, aunque se critique lo que hay, se prefiere mantener, porque no es el momento idóneo, la dualidad de soluciones a la realidad social de la gestación por sustitución nacional y extranjera. Ante este escenario mis preguntas son claras y directas, ¿cuándo será a juicio del Comité el momento oportuno en un país pionero en materia de reproducción médica asistida? De esta forma ¿se protegen los intereses de las partes en conflicto? De esta forma ¿se otorga seguridad ante la inseguridad imperante por la incertidumbre legal y administrativa existente? Parece ser, que tenemos que esperar a que otros países regulen para tomar nosotros la iniciativa, lo que no ha sido necesario cuando de otras técnicas de reproducción asistida se ha tratado y nos ha colocado como un país pionero y progresista en la materia.

La explotación en gestación por sustitución existe tal y como hoy en día está planteada y está siendo permitida, con intermediarios que brindan diferentes condiciones y garantías. Esto no debe obstaculizar su regulación, todo lo contrario, se trata de ofrecer una reglamentación que proteja y otorgue seguridad a su práctica. La internacionalización de la gestación por sustitución provocada por la ausencia de normativa en muchos países fomenta la explotación de la mujer y lo convierte en algo cotidiano. La regulación nacional y, en consecuencia, la supresión en gran medida del turismo reproductivo, permitiría un mayor control de esta técnica que se puede desarrollar dentro de unos márgenes de legalidad y seguridad. De no hacer nada se sigue manteniendo una actitud de tolerancia hacia los niños nacidos mediante esta práctica en el extranjero. Al respecto, estimo que no se puede permitir que sea el lugar en el que se lleve a cabo la gestación el que facilite la filiación, ya que niños son ambos y ambos nacidos mediante gestación por sustitución. Resulta evidente que la situación legal y administrativa actual regula de forma diferente una misma realidad, pudiendo ser una solución declarar la nulidad de los contratos celebrados en el extranjero, pero ¿dónde está el interés del menor?

Los países que declaran nulo el contrato de gestación por sustitución ponen de manifiesto una realidad, tal es que se mantienen permisivos con el turismo de circunvalación a través del cual colman las ansias de procreación de un determinado sector de la sociedad que dispone de medios económicos suficientes<sup>78</sup>.

### ***10. Propuestas y viabilidad: dos planteamientos ante la realidad social***

La situación generada ante la gestación por sustitución ha provocado la elaboración de diferentes

---

<sup>78</sup> En opinión de CASADO (2017), p. 34, la brecha entre ricos y pobres y la existencia de extrema pobreza, son indefendibles y no cabe aceptar una “sociedad de mercado”, ni un Estado de mínimos que simplemente garantice las transacciones, ni un Estado al servicio de poderosos intereses privados que le dictan las reglas en un contexto de comercialización de la vida, en el que la desigualdad no tiene visos de corregirse.

propuestas. Por ello, y con la intención de establecer las bases de una propia, se procede al análisis de las dos que más trascendencia han tenido, adoptando una postura crítica ante su posible viabilidad conforme a la realidad que tenemos en nuestro país, pues se trata, sobre todo, de ofrecer una respuesta legal a un problema social real. Frente a la posición mantenida por el Comité de Bioética cabe resaltar, con mayor o menor fortuna, los intentos realizados por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF y el Grupo Parlamentario Ciudadanos, conscientes ambos de un problema real al que es necesario brindar una solución pero, principalmente, amparo legal con independencia de un posible posicionamiento a favor o en contra de la gestación por sustitución<sup>79</sup>.

### **10.1. Propuesta de Bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF**

En la Propuesta se reconoce que nos encontramos ante una técnica de reproducción asistida con acceso solamente para aquellos que tienen recursos económicos. La gestación por sustitución debe ser tratada como una técnica excepcional en un contexto médico, pero con acceso a los supuestos de la llamada "esterilidad estructural" (parejas del mismo sexo e individuos sin pareja), habiéndose agotado, en su caso, otros tratamientos de fertilidad, sin ánimo de lucro, aunque mediando compensación económica establecida por la Administración que no suponga un incentivo económico y bajo control judicial.

Asimismo, son exigidos determinados requisitos, tanto para la parte gestante, como para la subrogada, de edad, capacidad, madurez, salud física y psicológica, destacando la necesaria comprobación de la situación socioeconómica de la gestante para evitar el recurso por razones de necesidad.

El número de embriones a transferir será como máximo de dos siendo necesario concertar un seguro médico a favor de la gestante, así como garantizar que sea objeto del apoyo psicológico pertinente. La gestación debe ser el resultado de la aportación del material genético por uno de los miembros de la pareja o persona subrogada si actúa sola. En este caso, especifica la Propuesta que, con el vínculo genético se pretende evitar el "comercio de niños". Esto implica plantearse si ante los supuestos de fecundación in vitro heteróloga existe este comercio o el mero hecho de dar a luz al niño resultado de esta fecundación es suficiente para compensar la exclusión que se propone. Siento no poder compartir este planteamiento, pues cierra la posibilidad de tener descendencia a personas que presentan problemas de fertilidad, siendo uno de los objetivos de la regulación cubrir precisamente estas situaciones. La no aportación del material genético por parte de la gestante me parece correcto con el fin de evitar su vinculación genética y los problemas del anonimato que se plantean en la práctica. La propuesta defiende pues la existencia de un vínculo genético ya que el biológico por la gestación y el parto, aun tratándose de una fecundación heteróloga, no es posible. Establece la similitud entre la adopción y la gestación por sustitución sin aportación de gametos por parte de los subrogantes, salvo por el hecho de que éstos pueden conocer y seguir el embarazo. En cualquier caso, defiende la gestación por sustitución aun sin

---

<sup>79</sup> Véase, la Iniciativa Legislativa Popular presentada por la Asociación por la Gestación Subrogada en España (<http://gestacionsubrogadaenespana.es>, fecha de consulta 20/06/2018). Para la valoración de la iniciativa, véase también, VELA SÁNCHEZ (2015), pp. 1-17; SALES PALLARÉS (2016), pp. 89-108.

vínculo genético, siempre que, como apunta la propia Propuesta, un certificado médico lo acredite.

La importancia del hecho de que la gestante haya sido madre previamente con el fin de garantizar la emisión de un consentimiento informado, al que debe acompañar el de su marido o pareja si existe, garantiza la entrega posterior del menor y el desarrollo del embarazo en un clima de empatía y con conocimiento de lo que va a pasar durante y después del parto. La inexistencia de relación de parentesco, desde mi punto de vista, debe ser objeto de la pertinente valoración ante el caso concreto, aunque también es posible admitir conforme a nuestra regulación su imposibilidad como ocurre en materia de donación de material reproductor el cual no puede proceder de la familia, sino de donante y además anónimo.

Cabe hacer especial referencia, y con una valoración muy favorable, al doble control del que debe ser objeto esta práctica ya que las solicitudes que se realicen han de ser informadas positivamente por parte de un Comité Ético. Esto permite la evaluación individualizada del caso como técnica excepcional de la que se trata, no siendo pertinente una norma general que no atienda a las peculiaridades y circunstancias de cada situación. El informe positivo, en su caso, del Comité debe ser remitido a la autoridad judicial para solicitar su aprobación. Este doble control Comité Ético/Autoridad judicial garantiza el desarrollo del proceso en plenas garantías, otorgando la necesaria seguridad jurídica que las partes en conflicto reclaman y merecen, evitando si no en su totalidad, sí en parte la marcha a otros países para conseguir el deseado hijo, pues no cabe olvidar que por su carácter excepcional siempre existirán supuestos no cubiertos que encuentren solución en otros países. El sistema de control judicial previo de forma que la autorización judicial es necesaria para concertar el proceso, permite que se desarrolle con mayores garantías.

En relación con el régimen del anonimato de la gestante, aun manteniéndose en nuestro ordenamiento el anonimato de los donantes de gametos y embriones, las peculiaridades de esta técnica y en el caso de vínculo genético con uno de los subrogantes, cabe estimar la idoneidad del posible contacto entre las partes intervinientes en el acuerdo, pero esta cuestión debe ser objeto de valoración en cada supuesto concreto. De igual manera, resulta crucial prever, en la medida de lo posible, la forma en la que pueden ser tratadas las cuestiones conflictivas que puedan surgir a lo largo del proceso (enfermedades, fallecimiento de alguna de las partes, aborto, etc.), así como el mecanismo de gestión de las mismas, que por el perfil daría entrada a la mediación. Se trata de una actuación preventiva a efectos de las distintas vicisitudes que a lo largo del procedimiento puedan plantearse.

La creación de un Registro de gestantes, con el fin de evitar reiteraciones en una misma gestante y la consecuente profesionalización, al cual solamente cabe tener acceso vía judicial. Respecto de las agencias intermediarias, aunque admite su existencia siempre que sean sin ánimo de lucro y debidamente homologadas por la Administración pública, cabe estimar que es más correcta su supresión con el fin de evitar la mercantilización de esta técnica.

## 10.2. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos

En la Proposición de Ley de Ciudadanos<sup>80</sup> cabe destacar, por un lado, su referencia a la gestación por sustitución como un “derecho”; y, por otro, su formulación como reacción ante la situación creada tras la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, la cual deja sin contenido efectivo la nulidad de este contrato, pues hace posible “la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España”, suponiendo la “legalización de facto” de la gestación por sustitución en nuestro país.

En este contexto defiende una gestación por sustitución como técnica excepcional y una vez agotadas o ser incompatible con todas las posibles<sup>81</sup> y en centros habilitados. No tendrá carácter lucrativo<sup>82</sup>, aunque reconoce el derecho a una compensación con cargo a los progenitores subrogantes y a un seguro. La gestante no debe realizar aportación de material genético, debe ser mayor de 25 años, haber gestado un hijo sano y no haber sido gestante por sustitución en más de una ocasión, tampoco puede tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitores comitentes. Asimismo, debe tener plena capacidad jurídica y de obrar y estar en buen estado de salud psicofísica, así como disponer de una situación socio-económica adecuada. El examen de la concurrencia de los requisitos que debe cumplir la mujer gestante será llevado a cabo por los centros públicos habilitados por las Comunidades Autónomas, cuyo resultado determinará su acceso al Registro Nacional de Gestación por Sustitución<sup>83</sup>.

Por lo que al progenitor o progenitores subrogantes se refiere, es necesaria la aportación del material genético, con lo que defiende el vínculo genético como el TEDH y Portugal, tener plena capacidad jurídica y de obrar, ser mayor de 25 y menor de 45 años, tener la nacionalidad o residencial legal en España, lo que cierra las puertas a los extranjeros y acreditar su aptitud para ejercer su responsabilidad parental, es decir, ser idóneo para la realización del plan familiar que se propone mediante esta técnica. Cuando los beneficiarios sean parejas pueden estar unidas por vínculo matrimonial o relación equivalente reconocida por ley, en cuyo caso los requisitos exigidos podrán ser cumplidos por uno de los miembros, lo que resulta en mi opinión muy discutible en sede de capacidad e idoneidad.

A diferencia de la Propuesta de Bases de la SEF plantea el otorgamiento del contrato de gestación por sustitución ante Notario, respecto del que establece un contenido mínimo, resaltando el consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes, el seguro, los conceptos que determinan la ayuda a recibir por la gestante y la designación de un tutor, lo que manifiesta la protección dispensada hacia el hijo por nacer. No se admite la celebración de este contrato cuando existe una relación de subordinación económica, laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas. La filiación queda determinada respecto del progenitor o progenitores subrogantes inmediatamente después del parto.

---

<sup>80</sup> BOCG nº 145-1, de 8.9.2017.

<sup>81</sup> La regulación de los supuestos de hecho que puede abarcar adolece de una gran ambigüedad, véase, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (2017), pp. 40-42.

<sup>82</sup> Se confía al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, el establecimiento de las reglas que garanticen el respeto al carácter gratuito.

<sup>83</sup> La inscripción de la mujer en el Registro es requisito imprescindible para poder suscribir un contrato de gestación por sustitución, lo que conlleva la naturaleza obligatoria de la inscripción.

Prevé la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al Registro Nacional de Donantes regulado en la LTRHA 2006, al que tendrán acceso las potenciales madres gestantes, los progenitores comitentes y los contratos que se hayan celebrado. Producido el nacimiento la inscripción en el Registro Civil no hará referencia alguna a la forma de gestación. Cuando se trate de parejas, el progenitor que no hubiera hecho aportación de su material genético podrá manifestar que consiente a su favor la determinación de la filiación del hijo del progenitor comitente que sí hubiera realizado la aportación, lo que no es posible en todos los casos.

### *11. Replanteamiento en clave de progreso de la situación existente*

Los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad o a la persecución de la felicidad, en palabras de ATIENZA RODRÍGUEZ<sup>84</sup>, son legítimos cuando se producen determinadas circunstancias como la de evitar un daño o garantizar que un individuo sea realmente autónomo. La realidad es que la gestación por sustitución es una técnica asentada, que en mi opinión no es ilícita y que en términos generales no existen razones suficientes para prohibirla<sup>85</sup>. La regulación actual conduce a su práctica por aquellos que disponen de recursos económicos suficientes, generando además una serie de riesgos que se suman a los que toda técnica asistida presenta. La legalización de la gestación por sustitución pasa por el logro de la igualdad reproductiva entre parejas fértiles e infértiles, homosexuales y heterosexuales. La cosificación de la mujer, el tráfico de niños, la explotación de personas en situación de pobreza y que se prestan a este tipo de prácticas no van a estar en mejor situación por el hecho de que no exista una regulación. Estimo que el establecimiento de unas pautas a nivel internacional puede ayudar a resolver en cierta medida estos problemas, pero, sobre todo, a armonizar el sistema.

La previsión legislativa puede amparar los intereses de las partes en conflicto ayudando a desincentivar el turismo reproductivo y los posibles abusos que se están produciendo, pues misión del Derecho es proteger a la persona. Esto no significa que se ofrezca cualquier regulación, ni que toda la existente sea válida ni otorgue la necesaria protección que la situación exige. Se trata de brindar a un hecho fáctico una respuesta jurídica capaz de otorgar la seguridad jurídica que las partes en conflicto necesitan, con el fin de lograr su integración como técnica de reproducción a la que se puede acceder al igual que a otras en términos de seguridad y plenas garantías.

El mantenimiento de la situación actual, basada en la dualidad de regímenes según que el menor nacido lo haga en España o en el extranjero, implica que los nacidos fuera pueden ser inscritos si concurren determinados requisitos, por lo que se rigen por un sistema en el que la Administración ha decidido ignorar el sometimiento pleno a la ley y al Derecho que impone el

---

<sup>84</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ (2015), p. 6.

<sup>85</sup> Como bien ha referido ATIENZA RODRÍGUEZ (2015), p. 8, la gestación por sustitución no va contra la dignidad del niño que ni es tratado con crueldad por haber sido gestado de esa manera ni pierde ninguno de sus derechos; tampoco tiene que suponer para los implicados un daño que justifique su prohibición en toda circunstancia; y no atenta tampoco contra la autonomía de nadie. El núcleo del principio de dignidad humana reside, en opinión de ATIENZA RODRÍGUEZ (2017), p. 61, en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre e igual desarrollo.

art. 103.1 CE<sup>86</sup>. La dualidad de regímenes de reconocimiento, aunque facilitada para la gestación por sustitución en otro Estado, hace que el reconocimiento de la filiación se vea reducida a una cuestión meramente formal, olvidando los intereses de las partes implicadas, fundamentalmente del menor, el cual en igualdad de situaciones es objeto de una dualidad de soluciones. En cualquier caso, la actual etapa legislativa de silencio o prohibición no ha frenado el avance de los supuestos de gestación por sustitución, por lo que de acuerdo<sup>87</sup> o no<sup>88</sup> con su práctica, es necesario otorgar una solución que debe ser lo más uniforme posible. Sin embargo, la ausencia de uniformidad existente en la regulación supone un obstáculo importante a efectos de la elaboración de un marco común<sup>89</sup>, lo que tiene unas consecuencias muy negativas para una situación fáctica real, totalmente impuesta en la práctica y carente de límites fronterizos.

Sabemos que los criterios de filiación son dos biológicos determinados por el parto y la información genética, y el intencional, basado en la referida voluntad procreacional. En nuestro caso, es preciso proceder a la fijación de la existencia cierta de maternidad subrogada, con el fin de evitar posibles situaciones en las que se pretenden los beneficios del caos legislativo y judicial que tenemos para ampararse en los beneficios de la Instrucción de la DGRN<sup>90</sup>. Así las parejas que acuden a otros países en los cuales se encuentra legalizada y permitida la gestación por sustitución vencen los obstáculos planteados al principio para lograr la inscripción de sus hijos en el Registro Civil español, como consecuencia del reconocimiento de la primacía del interés superior del menor y del principio de continuidad de las relaciones familiares iniciadas con anterioridad. La situación que vivimos en la actualidad es anómala y exige solución, pues supone un reconocimiento, no mediante ley, de un acto cuya nulidad está prevista en nuestro ordenamiento.

La realidad y globalización del problema de la gestación por sustitución ha desbordado las previsiones realizadas ante el supuesto por el art. 10 LTRHA 2006. Se trata de adoptar medidas y directrices que protejan a todas las partes, con el fin de garantizar buenas decisiones y reducir los posibles índices de riesgo. De lo contrario qué sentido tiene declarar la nulidad del convenio de

---

<sup>86</sup> Véase, SIMÓN YARZA (2017), p. 15

<sup>87</sup> Como argumentos a favor cabe referir que la gestación por sustitución es una manifestación del derecho a procrear, del derecho de las gestantes a servirse libremente de su propio cuerpo. La cosificación de la mujer no se produce si, aun existiendo remuneración, la misma presta su consentimiento de una forma libre, voluntaria e informada. Se presenta como la única posibilidad que tienen las personas del mismo sexo de tener un niño genéticamente propio y de aquellas personas que, por razones genéticas o biológicas, no pueden gestar un hijo. La donación de óvulos se encuentra legalizada, lo que ocurre es que en este caso la filiación está determinada por el parto, lo que no es posible en la gestación por sustitución. La misma no tiene por qué atentar contra la salud física y psíquica de la madre, ni tampoco violar el interés del menor que nace en el seno de una familia que lo desea y que no existiría si no hubiera nacido mediante esta técnica.

<sup>88</sup> Como argumentos en contra se alegan, de forma constante fundamentalmente, la explotación de la mujer, la consideración de que las personas se encuentran fuera del comercio de los hombres, el posible abuso de los comitentes desesperados por tener un hijo, la manipulación del cuerpo femenino objeto de diferentes tratamientos, lo que conlleva la cosificación de la mujer que no consiente libre y voluntariamente. Los efectos negativos sobre el menor gestado de esta forma como consecuencia de la ruptura del vínculo materno-filial, el tener que afrontar, en su caso, diversas figuras maternas y los posibles problemas de aceptación social que ello puede implicar. También, cabe considerar que en estos supuestos el menor está siendo objeto de comercio en la medida en que se atiende más a los intereses de los padres comitentes que a los del niño. De igual modo, se alega una violación del derecho del niño a la identidad.

<sup>89</sup> El establecimiento de un marco común permitiría, por un lado, poder diferenciar entre prácticas lícitas e ilícitas; y, por otro, garantizar los derechos de la gestante, el menor y los padres comitentes, intencionales o sociales.

<sup>90</sup> Véase, STSJ, Madrid 13.3.2017 (JUR 79536).

gestación por sustitución, para luego reconocer a los hijos nacidos mediante esta técnica en el extranjero. El art 10 LTRHA 2006 primero declara nulo el contrato y luego prevé el mecanismo de reconocimiento de la filiación para un supuesto concreto: la existencia de vínculos genéticos. La perpetuación de la situación actual, desde mi punto de vista, conlleva graves perjuicios para las partes en conflicto con independencia de que se esté o no de acuerdo con esta técnica de reproducción asistida. Considero que la gestación por sustitución ha superado la fase de ser admitida o no, es una realidad fáctica que reclama protección con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los sujetos involucrados en el proceso reproductivo. El interés del menor, los derechos reproductivos de las personas que acceden a la misma como derechos humanos, al fin y al cabo, el control de los posibles abusos y explotación de las mujeres, la superación del turismo reproductivo y la sociedad en su conjunto demandan una respuesta, por lo que cabe afirmar que ya no es momento de plantearse si debe o no ser regulada pues, desde mi punto de vista, no existe otra alternativa posible.

Si entendemos que las leyes son un reflejo del llamado “consenso social”, no es posible admitir que alguien eluda las leyes de su país, para poder ir a otro que le permite el logro del objetivo pretendido y esto es lo que conlleva la situación actual. Se requiere pues una regulación justa, uniforme e igualitaria, en la medida en que la nulidad del acuerdo ha demostrado que no ha evitado su práctica. No tiene sentido el mantenimiento de una política restrictiva o de no reconocimiento de efectos, pues como ha sido referido en el propio Informe del Comité de Bioética “el Estado que prohíbe la maternidad subrogada se encuentra con que no logra proteger el bien que pretendía (que la maternidad quede vinculada al parto) y pierde la oportunidad de llevar a cabo con las garantías jurídicas que estime oportunas en su territorio una actividad que satisface la demanda de algunos ciudadanos”.

Para concluir este replanteamiento y como ya ha sido puesto de manifiesto<sup>91</sup>, es necesario que una autoridad pública lleve a cabo, de mantenerse su existencia, el control de las empresas intermediarias que desarrollan esta práctica tanto antes como después del nacimiento, pues los problemas que plantea la gestación por sustitución superan ya los estrictamente derivados de la mera determinación de la filiación. No se trata de que la Administración establezca obstáculos a la inscripción y determine posteriormente la filiación, sino que debe proceder a controlar la actividad que las empresas desarrollan en su propio territorio. Su práctica admitida y tolerada por la Administración genera confianza en las potenciales familias intencionales que ven la legalidad y desarrollo normal de una actividad que en realidad está fuera de todo control.

De la misma manera, el no establecimiento de límites o vínculos de nacionalidad o residencia en el acceso a los extranjeros a la práctica de la gestación por sustitución pone en peligro la protección del menor pues hace recaer sobre las familias y los niños nacidos la situación imperante<sup>92</sup>. Los límites deben estar presentes tanto en la legislación nacional como en la internacional, defendiendo una práctica legal con el fin de proteger los intereses de todas las partes en conflicto. El hecho de que un país no cuente con límites de acceso de los extranjeros no residentes a la gestación por sustitución delata su carácter comercial y lucrativo, con los consiguientes riesgos para los menores, salvo que esta práctica se ciña al supuesto de las

---

<sup>91</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ (2017), pp. 243-244.

<sup>92</sup> Comparte esta idea, QUIÑONES ESCÁMEZ (2017), p. 244.

relaciones intrafamiliares con residentes en el extranjero<sup>93</sup>. Esta realidad puede plantearse en Portugal cuya legislación no trata este elemento y da entrada a los no residentes y no nacionales para beneficiarse de esta técnica. De hecho se ha considerado que la Ley Portuguesa carece de la virtualidad de poner fin al proceso del “turismo procreativo”<sup>94</sup>.

## ***12. Bases para la regulación de la gestación por sustitución en España***

El análisis de la LTRHA 2006 conduce a perfilar la gestación por sustitución que nuestro ordenamiento hasta el momento ampara, a pesar de declarar la nulidad del contrato. Atendiendo a su contenido cabe estimar que la fecundación de la madre gestante (ya sea con material propio o ajeno), con el material genético del padre comitente le permite el ejercicio de la acción prevista en el art. 10.3, pero deja fuera de su ámbito el supuesto de la fecundación heteróloga plena que, por otra parte, se encuentra admitida en nuestro ordenamiento.

Ante esta realidad, no se pretende realizar una propuesta legislativa pues esta responsabilidad se encuentra en otras manos, pero sí poner de manifiesto cuáles son las bases y garantías que todo intento legislativo debe tener presentes a efectos de la regulación de esta imparable ya realidad social<sup>95</sup>, pudiendo al respecto apuntar que:

1º. Es necesario determinar el supuesto de hecho, es decir, el tipo de gestación por sustitución que se pretende regular y, por lo tanto, admitir y otorgar cobertura legal, precisando que se trata de un derecho. En mi opinión, solamente debe ser admitida cuando exista imposibilidad de someterse a otras técnicas de reproducción asistida para poder tener un hijo en el caso de la mujer, pero evidente en el supuesto de ser el hombre el interesado, pues de lo contrario, siempre tendrá el recurso a otros países donde su práctica sea permitida. Se defiende pues una práctica con carácter excepcional, ya que, aunque técnica de reproducción asistida, los sujetos intervinientes la revisten de ciertas peculiaridades, por lo que debe desarrollarse en un contexto médico, pero con intervención judicial.

2º. Las partes contratantes deben reunir, como en todo acuerdo, determinados requisitos, tales son los que siguen, respecto a:

-La madre gestante, la cual debe emitir un consentimiento libre e informado, consciente de las consecuencias de la decisión que ha adoptado<sup>96</sup>, pues no se debe obviar que la falta de información provoca la no formación del consentimiento y la consecuente ineficacia del contrato por la ausencia del que es considerado un elemento esencial: el consentimiento. En este punto, negar que la gestación por sustitución internacional se encuentra fuertemente asociada a la explotación de la mujer no es posible pues es una clara realidad. No obstante, la existencia de una

<sup>93</sup> Véase, QUIÑONES ESCÁMEZ (2017), p. 244.

<sup>94</sup> SILVA PEREIRA (2017), p. 24.

<sup>95</sup> Entre las propuestas legislativas realizadas por la doctrina cabe consultar, ÁVILA HERNÁNDEZ (2017), pp. 340-342; LAMM (2012), pp.35-39; VELA SÁNCHEZ (2011a), pp. 16-17; VELA SÁNCHEZ (2011b), pp. 3-18; SALAZAR BENÍTEZ (2017), pp. 107-113; NAVARRO MICHEL (2018), pp. 245-254; VILA-CORO VÁZQUEZ (2015), pp. 292-299.

<sup>96</sup> Sobre los aspectos médicos de la gestación por sustitución, RODRÍGUEZ DÍAZ (2017), pp. 1-14. Como han manifestado GARCÍA RUBIO/HERRERO OVIEDO (2018), p. 86, se puede valorar la exigencia de un doble consentimiento, ex ante y ex post del nacimiento del niño, por parte de la mujer gestante, debiéndose en tal caso aclarar el valor jurídico de ambos, sobre todo del segundo.



regulación eficaz de alcance universal que velara porque la decisión de la mujer fuera libre y que su libertad estuviera protegida por el derecho durante todo el embarazo podría ayudar a superar este riesgo<sup>97</sup>. Debe reunir las condiciones físicas y psíquicas que permitan el desarrollo de un embarazo de estas características, es decir, ser idónea, no realizando la aportación de su material genético y no sometándose a esta práctica en más de una ocasión, con un límite en el número de embriones a transferir que no debe ser superior a dos y habiendo sido madre previamente con el fin de garantizar el conocimiento de la situación que va a experimentar. De igual modo, es importante, en su caso, el consentimiento del marido o pareja, así como que goce de una buena situación económica. La fijación del intervalo de edad resulta crucial, como en cualquier otra técnica de reproducción médica asistida, no debiendo ser inferior a 25 ni superior a 45 años. La gestante no debe ser pariente de los progenitores comitentes<sup>98</sup>, pero de ser admitido, lo que debería ser analizado atendiendo a las circunstancias que concurren, es necesario establecer un límite. Debe ser beneficiaria de un seguro médico que le otorgue la cobertura necesaria para el proceso por el que va a pasar y de la ayuda psicológica pertinente.

-El progenitor o progenitores comitentes, pues la norma debe establecer como beneficiarios a una persona sola<sup>99</sup>, en pareja o casada, con independencia del sexo. Deben ser sometidos a un análisis para determinar su idoneidad de forma análoga a lo que sucede en el proceso de adopción. Frente a lo que se viene manteniendo, definiendo que no es necesaria la aportación del material genético<sup>100</sup>, pero sí ostentar la nacionalidad española o residencia previa al menos durante dos años. Resulta crucial precisar el grado de compromiso de los padres comitentes en torno a la descendencia gestada de esta forma, con independencia del número y el estado en el que nazcan los menores así concebidos. La edad de los comitentes es necesario limitarla no debiendo ser menores de 25, ni mayores de 50 años.

En todo caso, deben ser adoptadas medidas que garanticen la emisión de un consentimiento informado tanto por los beneficiarios, como por la gestante. Se trata de establecer un adecuado marco contractual que proteja los intereses de las partes en conflicto durante todas las fases del procedimiento<sup>101</sup> y vigencia del contrato, en el que también se ofrezca un programa de ayuda

---

<sup>97</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 19 de mayo de 2017, p. 66. En el mismo se establece que “mientras no se apruebe un marco garantista normativo, con carácter internacional, avalar estas prácticas es un ejercicio de complicidad con la explotación de las mujeres. Y esa complicidad puede ser también indirecta, es decir, no resulta coherente prohibir la práctica en el propio territorio, pero luego reconocer su resultado cuando se ha realizado en el extranjero (...). Este modo de proceder crea una grave desigualdad de trato tanto entre los comitentes como entre las gestantes”.

<sup>98</sup> En mi opinión la gestante no debe tener vínculo de parentesco con los padres comitentes, de forma análoga a lo que rige en materia de donantes de gametos y receptores.

<sup>99</sup> En relación con la gestación por sustitución de persona sola, cabe apreciar, en el supuesto de admitir el recurso a esta técnica por imposibilidad propia, un doble tratamiento, ya que si se trata de una mujer esta puede adoptar o recurrir sola a las técnicas de reproducción asistida. Por el contrario, el hombre puede adoptar, pero no puede recurrir a las técnicas de reproducción asistida más que a través de la gestación por sustitución.

<sup>100</sup> La aportación del material genético, al menos por uno de los padres comitentes, sobre todo, si es el varón para poder ampararse en el art. 10.3 LTRHA no la comparto. El motivo es la admisión en nuestro ordenamiento de la fecundación heteróloga que ha permitido a muchas parejas poder tener descendencia. Pensemos, de ser excluida esta posibilidad en los supuestos de parejas o matrimonios cuyo material genético no es viable y no pueden tampoco gestar y llevar un embarazo a término, así como los casos de hombres solos o mujeres solas cuyo material no es viable.

<sup>101</sup> Información previa por escrito a los beneficiarios, detallando los riesgos de la aplicación de esta técnica. Información durante el embarazo sobre el grado de influencia de la gestante en el desarrollo embrionario y fetal,

para la madre gestante.

3º. Los términos en los cuales debe desarrollarse el acuerdo, es decir, precisar su carácter gratuito<sup>102</sup>, así como el contenido de la “compensación”, pues en mi opinión, los gastos que deben ser sufragados abarcan desde el inicio del proceso con la estimulación ovárica de la gestante, la transferencia de los embriones y hasta su plena recuperación, con independencia de los resultados del nacimiento. La compensación garantiza que la gestante emita un consentimiento más libre, pues las escasas garantías legales existentes en este momento, pueden llegar a condicionar su nivel de conocimiento y libertad en el proceso en el que se involucra. La compensación económica debe ser administrativamente establecida y controlada<sup>103</sup>.

4º. La determinación del sistema a adoptar, es decir, si el convenio es irrevocable o no condicionando el momento a partir del cual se estima establecida la filiación. Al respecto considero que, optar porque la filiación sea concretada desde antes del nacimiento, si el consentimiento no puede ser revocado, o después del parto, si se admite la revocación posterior o emisión del mismo tras el parto, no debe ser entendida en clave de mayor o menor seguridad. Cabría admitir la existencia de una situación transitoria en la que el menor es objeto de la debida protección, pero estando su filiación por determinar. Todo ello impone la articulación de un sistema de protección respecto del menor que está por nacer. Si de forma habitual se protege al concebido y no nacido, por qué no proteger al menor que nace mediante gestación por sustitución. De esta forma la autonomía de la mujer puede ser salvaguardada y no tiene que traducirse en incertidumbre a efectos del régimen de filiación.

5º. La intervención judicial en el proceso de gestación por sustitución y las consecuencias de la misma, garantizando la determinación de la filiación en términos de seguridad. En contra tal vez alegar la no judicialización del proceso, lo que podría dar entrada a otro mecanismo de control en todo caso necesario junto al sanitario inicial para poner en marcha el proceso. Sin embargo, atendiendo a los intereses en conflicto estimo más idónea la intervención judicial que la notarial cuya actividad está desconectada de procesos de esta naturaleza.

6º. La creación de un Registro Nacional de Gestantes, para controlar el número de veces que actúan las madres, evitando con ello graves riesgos para su salud, con acceso a los progenitores comitentes y a los contratos celebrados.

7º. La constancia del derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos en los términos legalmente establecidos, es decir, sin reivindicaciones genéticas o filiatorias. Este tema no deja de estar privado de polémica, pues si es habitual en el recurso a otras técnicas de reproducción

---

sin estar sometida a restricciones. Información posterior al parto, centrada en la asistencia personal y en su posible relación con los beneficiarios y el menor.

<sup>102</sup> Desde mi punto de vista debe ser gratuita, con el fin de evitar que se convierta en un medio de vida para mujeres en situación de vulnerabilidad y la posible venta de niños. La gratuidad constituye una garantía de que la actuación de la gestante es verdaderamente libre y, como tal, una expresión de su autonomía. En este marco para que sea posible la gestación por sustitución, la gestante tiene que querer que los beneficiarios sean padres y éstos, por su parte, también querer serlo, ya que la gestante no asume un proyecto parental propio, sino ajeno, el de los padres de intención.

<sup>103</sup> GARCÍA MANRIQUE (2018), p. 27, estima que determinadas compensaciones son legítimas y, en cambio, otras pueden no serlo, si resulta que constituyen incentivos económicos, poniendo en peligro el principio de no lucro y fomentando la explotación de los más pobres y con ello la desigualdad social. Véase también, LAMM (2018), p. 208.

asistida más habituales y admitidas<sup>104</sup>, en sede de gestación por sustitución se complica aún más, pues si se trata de una fecundación heteróloga es doble la revelación, en primer lugar, que ha nacido de una madre gestante; y, en segundo lugar, que ha nacido por donación de gametos. En todo caso, no se puede olvidar que las técnicas de reproducción asistida han permitido un cambio en la forma de entender la maternidad, la constitución de la familia<sup>105</sup> y, en consecuencia, de la filiación.

8º. La exclusión de las agencias de intermediarios o facilitadores, ya que se presta demasiada atención al cambio de paradigma que la gestación por sustitución supone en el modo de entender la maternidad y la filiación, pero mientras se toleran las prácticas abusivas por parte de las empresas, que es en donde es necesario intervenir con mayor rigor, pues no se contrata la obtención de un producto. El desarrollo de ferias en España para ofrecer esta técnica resulta incoherente respecto de la legislación existente. Ante esta realidad me cuestiono dónde se encuentra la Administración que otorga los permisos para su celebración y el Ministerio Fiscal como defensor de los derechos del menor<sup>106</sup>. La publicidad y apariencia legal que reviste esta práctica choca con la nulidad del acuerdo en nuestro ordenamiento. En consecuencia, cabría preguntarse, por un lado, ¿qué tipo de responsabilidad y frente a quién puede exigirse si se permite el ofrecimiento de una práctica cuyos efectos no son reconocidos?; y, por otro lado, ¿se fomenta mediante estas ferias dada nuestra regulación y tolerancia administrativa el turismo en sede de gestación por sustitución? Ciertamente es que las agencias intermediarias se benefician del sufrimiento de las parejas o personas infértiles y de la vulnerabilidad de muchas mujeres<sup>107</sup>, siendo esto lo que debe ser objeto de control a nivel nacional sin olvidar o desconsiderar las experiencias extranjeras.

9º. La gestación por sustitución debe ser cubierta desde el ámbito sanitario, ya sea público o privado, con el fin de garantizar la práctica de esta técnica con las máximas garantías.

La realidad mundial subyacente al fenómeno de la gestación por sustitución no puede impedir el abordaje nacional e internacional de esta realidad, ya que esto solamente favorece a las empresas que, con sede en países ricos y desarrollados, aseguran mediante el pago de elevadas cantidades lograr tener al deseado hijo que nunca llegaba, y en el que la ética que se respeta es la “ética del mercado” (STC nº 225/2018, de 24 de abril, Diario da República, 1, Série nº 87, 7 de mayo de 2018). Momento es de una propuesta reflexiva de las condiciones para reducir los índices de riesgo, para proteger y acabar con la incertidumbre e inquietud y garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

---

<sup>104</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2018), pp. 138-155.

<sup>105</sup> STC, 6.11.2012 (RTC 198; MP: Pablo Pérez Tremps); STC, 1.2.2016 (RTC 11; MP: Andrés Ollero Tassara).

<sup>106</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2017), pp. 245-258.

<sup>107</sup> En opinión de ZULLO (2018), p. 113, los principios de vulnerabilidad y solidaridad deberían implementarse de forma integrada, combinando acciones positivas y negativas, equilibrando intereses en disputa, y favoreciendo así un análisis de los factores y de los contextos que provocan vulnerabilidades específicas al participar en ciertas prácticas, lo que tendría un importante alcance en los intentos de regular la gestación por sustitución.

### *13. Consideraciones finales*

Las técnicas de reproducción humana asistida tienen como elemento común a todas ellas la intervención médica en el proceso reproductivo, lo que hace que éste escape ya de la naturaleza. En concreto, la gestación por sustitución ha supuesto una revolución y un desafío tanto en este ámbito, como en el del Derecho, pues está cuestionando las reglas generales imperantes en materia de maternidad y filiación.

Las decisiones del TEDH ponen de manifiesto que, las prohibiciones o silencios normativos a la gestación por sustitución contempladas por los Estados miembros, no pueden derivar en la denegación del reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por esta técnica, lo que explica la necesidad de un debate internacional y nacional en nuestra sociedad. El Tribunal no realiza una ponderación de los bienes jurídicos cuando se enfrenta a los intereses privados de los beneficiarios y la gestante, sino que atiende al momento posterior del nacimiento en el que toda decisión debe tener como objetivo proteger el interés superior del niño. El Tribunal no se manifiesta sobre la admisibilidad de la gestación por sustitución en sí misma, ya que se enfrenta a casos de niños ya nacidos, por lo que protege sus derechos como sujetos individualmente considerados. En consecuencia, cabe decir que, repara en la fase final del proceso de gestación por sustitución, es decir, cuando el niño ya está en el mundo y en manos de los padres comitentes.

El no reconocimiento de la gestación por sustitución en España ha desembocado en una conducta de tolerancia hacia su práctica en el extranjero, que es además públicamente manifestada y focalizada, hasta hace poco tiempo, en tres Estados fundamentalmente, tales son Estados Unidos, Ucrania e India. Pero, esta última ha prohibido el acceso a los ciudadanos extranjeros desde 2015, así como la modalidad de la gestación por sustitución comercial. Mientras existan “paraísos reproductivos” seguirán naciendo “los hijos del fraude”, cuyos padres comitentes han tenido que marcharse para cumplir sus deseos de ser padres. Estimo que es mejor regular y permitir el nacimiento de estos niños con plenas garantías y en máximas condiciones de seguridad jurídica. No tiene sentido seguir manteniendo la nulidad del contrato y dar amparo, con posterioridad, a la relación de hecho ya generada tras el nacimiento de los menores mediante esta técnica en el extranjero vía administrativa. En cualquier caso, el planteamiento en torno al fraude ha sido suavizado por el TEDH (tras el caso *Mennesson y Labassee*), ya que protege el reconocimiento de las relaciones nacidas y constituidas en otros países. La sanción impuesta a los padres intencionales por la filiación creada en fraude de ley, no puede derivar en el rechazo al reconocimiento de la filiación establecida en otro Estado, ya que esto afecta a la vida privada de los menores. Este caso constituye un claro ejemplo de como la protección de los menores se encuentra por encima de la conducta fraudulenta desarrollada por sus padres para poder llegar a tenerlos. Llegados a este punto, qué sentido tiene, por un lado, fomentar la conducta fraudulenta de los padres para conseguir ser “padres” si luego, por otro lado, atendiendo a la situación de los menores el fraude no va a ser sancionado. No se trata de seguir reconociendo filiaciones constituidas en otros Estados, manteniendo dos soluciones ante una misma realidad y generando un grupo de padres que acceden, por su situación económica, con total facilidad a la filiación, fomentando el turismo reproductivo.

El art. 10 LTRHA 2006 primero declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución y

luego ofrece los mecanismos para legalizar la situación, en determinados casos, pero no protege ni atiende a los intereses de todas las partes en conflicto, en concreto, la madre gestante, la cual no es objeto de la seguridad y garantías que la regulación de esta práctica puede llegar a ofrecerle. La regulación actual protege a los padres comitentes y al menor en ciertos supuestos, pero la madre gestante está en el olvido. La regulación de la gestación por sustitución en el derecho interno es una necesidad del ordenamiento jurídico español, tan avanzado en materia de reproducción médica asistida<sup>108</sup> y tan tolerante administrativamente respecto de los niños nacidos en el extranjero. La regulación debe ofrecer seguridad y control respecto de una técnica imparabile y sin fronteras. Pero, en cualquier caso, la regulación interna no debe desplazar, sino ser objeto también de una regulación a nivel internacional o supranacional teniendo en todo caso presentes los intereses de las partes intervinientes o en conflicto, intentando lograr un consenso en la práctica de esta técnica.

La posible regulación de la gestación por sustitución hace que se cuestionen cuáles deben ser los requisitos que deben concurrir en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las mujeres, así como en el consentimiento informado que ha de ser emitido por todas las partes intervinientes en el acuerdo. En mi opinión, la autonomía de la mujer para gestar o no es conforme a la dignidad si la gestación por sustitución es altruista. Se podría objetar a este planteamiento que, si la autonomía de la mujer la faculta para decidir si quiere gestar o no, esta podría también por este motivo elegir hacerlo de forma gratuita o lucrativa. De la misma forma cabría señalar que, si se estima legítimo restringir la voluntad de la mujer para salvaguardar su dignidad, entonces también en esta tesis sería irrelevante que la gestación sea altruista. Esta concepción responde al esquema de la lógica binaria. En efecto, solo caben dos opciones: o se admite la gestación por sustitución o no se admite, sin que quepan otras opciones. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta posición no es concluyente, pues cabe al menos una tercera opción que sería la de admitir la autonomía de la mujer, pero sujeta a un requisito orientado a salvaguardar la dignidad. Esto creo que hace, por ejemplo, el Código penal en su art. 156 cuando permite el trasplante de órganos, pero siempre que no medie precio o recompensa. Se trata de una posición más acorde con una lógica de lo difuso que entiende que en este tema hay muchos matices a considerar. De igual modo, no se puede olvidar que el consentimiento emitido en sede de gestación por sustitución es diferente al de otras técnicas de reproducción médica asistida, ya que la gestante acepta no ser la madre del menor que nace, a diferencia de la mujer que recurre a la fecundación heteróloga, que sí llegará a ser la madre del menor. En consecuencia, en la gestación por sustitución se produce la conjunción de dos consentimientos, el primero, aceptar ser mujer gestante; y, el segundo, en beneficio del menor nacido y entregado.

El aspecto genético, al que tanta importancia se le está otorgando a nivel jurisprudencial y en las propuestas analizadas, no debe erigirse en el elemento determinante para el reconocimiento de la filiación y, en su caso, de admisión o no de la gestación por sustitución. La cuestión genética no deja de ser una modalidad de la gestación por sustitución atendiendo al criterio de la dotación

---

<sup>108</sup> Según datos del Informe Estadístico de la Actividad de 2015 del Registro SEF, España se encuentra a la cabeza en la realización de tratamientos de reproducción asistida en Europa y la tercera en el mundo, detrás de Japón y Estados Unidos. Según el Informe se ha producido un aumento del 10% respecto de 2014 y casi el 8% se realizaron en parejas residentes en otros países. [cnrha.msssi.gob.es/registro/pdf/Informe\\_Global\\_Registro\\_actividad\\_2015.pdf](http://cnrha.msssi.gob.es/registro/pdf/Informe_Global_Registro_actividad_2015.pdf) (fecha consulta, 20/06/2018).

genética del niño, sin sentido en un país donde se admite la fecundación heteróloga. Las distintas modalidades lo que hacen es conectarnos con un problema que se presenta con posterioridad, tal es, el tema del anonimato de los posibles donantes. De igual modo, el vínculo biológico no tiene que ser la base idónea para considerar como madre solamente a aquella que tiene deseo de serlo y está dispuesta a asumir las responsabilidades que ello conlleva.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución en el derecho interno no ha paralizado el turismo reproductivo, que desde mi punto de vista es el que debe ser controlado. No obstante, la regulación interna que, si bien puede reducir este turismo, no va a lograr ponerle fin, tanto por razones económicas, como éticas y morales.

En todo caso, es evidente que la normativa española no resulta ser efectiva y ha fomentado la gestación por sustitución internacional solamente al alcance de unos pocos económicamente solventes. Esto se traduce en graves situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica para todas las partes en conflicto, pero, sobre todo, para los niños, lo que ha derivado en un doble sistema para dar respuesta a un mismo problema. La protección del menor exige una regulación nacional y una mayor implicación internacional, pues de lo contrario se está vulnerando lo establecido en el art. 39 CE.

Demandar su regulación supone tener que ofrecer una “respuesta jurídica” capaz de otorgar la “seguridad jurídica” que esta realidad social reclama. En el análisis de los diferentes posicionamientos, cabe apreciar argumentos y razonamientos susceptibles de una valoración positiva, pero en la actualidad, entiendo que, ese debate ya no tiene mucho sentido o debe pasar a un segundo plano, cuando nos encontramos ante una realidad sin fronteras, a la que no se le puede dar la espalda, sino ofrecer una respuesta legal cargada de seguridad frente a la inseguridad que la dualidad ha generado. Llegados a este punto cabe formularse una clara cuestión ¿la nulidad del convenio impide la práctica? Evidentemente no, luego se esté a favor o en contra de esta técnica, procede su regulación con la única finalidad de otorgar la mayor protección y seguridad jurídica que por parte del ordenamiento sea posible brindar. La regulación debe estar presidida e informada por el principio del interés superior del menor, pretendiendo satisfacer el deseo de tener un hijo con las máximas garantías y evitando la posible adquisición ilegal del mismo, para lo que la intervención de una autoridad pública en el proceso de gestación por sustitución resulta necesaria, tanto antes como después del nacimiento.

Se exige pues la adaptación de la legislación a la nueva realidad social, siendo conscientes de que siempre todo lo nuevo genera polémica cuando exige una respuesta legislativa, lo que llama la atención es que la gestación por sustitución no es nueva y la polémica legislativa dura ya demasiado tiempo<sup>109</sup>. De momento, en España se entiende, aunque se dice mal, que la gestación por sustitución está prohibida, cuando en realidad es nula, pero su práctica se tolera.

---

<sup>109</sup> La situación actual existente en España coloca al legislador en la disyuntiva de proceder a su regulación o ignorarla. Esta última opción, como ha considerado ROCA TRÍAS (2015), p. 330, no es jurídica, sino de política jurídica.

### 14. Tabla de jurisprudencia y otras resoluciones citadas

#### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Caso</i>
TEDH, 7.3.2006	TEDH 19	Evans contra Reino Unido
TEDH, Gran Sala, 10.4.2007	JUR 101309	Evans contra Reino Unido
TEDH, 1.4.2010	TEDH 56	S.H. y otros contra Austria
TEDH, 26.6.2014	JUR 176908	Menesson contra Francia
TEDH, 26.6.2014	JUR 176905	Labassee contra Francia
TEDH, 21.7.2016	TEDH 61	Foulon y Bouvet contra Francia
TEDH, 19.1.2017	JUR 14349	Laborie contra Francia
TEDH, 27.1.2015	TEDH 17	Paradiso y Campanelli contra Italia
TEDH, Gran Sala, 24.1.2017	JUR 25806	Paradiso y Campanelli contra Italia

#### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STJCE, 18.3.2014	TJCE 113	S. Safjan

#### Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 6.2.2014	RJ 833	Rafael Saraza Jimena
Auto TS 2.2.2015	RJ 141	Rafael Saraza Jimena
STS, 4ª, 25.10.2016	RJ 6167	Antonio Vicente Sempere Navarro
STS, 4ª, 16.11.2016	RJ 6152	María Luisa Segoviano Astaburuaga

#### Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 6.11.2012	RTC 198	Pablo Pérez Tremps
STC, 1.2.2016	RTC 11	Andrés Ollero Tassara

#### Tribunal Superior de Justicia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STSJ Madrid, 1ª, 13.03.2017	RJ 79536	Mª del Pilar García Ruíz	Luis Ángel y Verónica c. Ministerio de Asunto Exteriores y Cooperación

## Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Valencia, Civil, Sec. 10ª, 1ª, 23.11.2011	AC 1561	Carlos Esparza Olcina

## Juzgado Primera Instancia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Juzgado 1ª Instancia, nº 15, Valencia 15.9.2010	AC 1707	Esteban Tabernero Moreno

## Resoluciones DGRN

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>
RDGRN 6.5.2011	JUR 147776
RDGRN 23.9.2011	JUR 168313



## 15. Bibliografía

FERNANDO ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, (2016), "Gestación por sustitución: dificultades para mantener la prohibición en España", *R.E.D.S.*, núm. 9, 2016, pp. 60-77.

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, (2016), "Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho Civil)", *Boletim da Faculdade de Direito Universidad de Coimbra*, Vol. XCII, Tomo I, 2016, pp. 227-262.

--(2017), "Gestación por sustitución y orden público", *InDret* 2/2017, ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, (2015), "Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, Número extra 2015, recopilatorio especial, pp. 3-11.

--(2017), "El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias", en María Casado (Coordinadora), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 35-63.

CARLOS JAVIER ÁVILA HERNÁNDEZ, (2017), "La maternidad subrogada en el Derecho Comparado", *Cadernos de Direito Actual*, núm. 6, 2017, pp. 313-344.

RUBÉN BAZ VICENTE, (2015), "Aspectos registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución", en Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós (Coordinadoras), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, julio 2015, pp. 269-282.

VICENTE BELLVER CAPELLA, (2017), "Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista", *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2, 2017, pp. 229-243.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, (2015), "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7º, núm. 2, 2015, pp. 45-113.

MARÍA CASADO, (2017), "¿Gratuidad o precio? Sobre el cuerpo humano como recurso", en María Casado (Coordinadora), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 17-34.

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, (2018), "Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as Leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero 2018, pp. 32-47.

ROSARIO DÍAZ ROMERO, (2010), "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010, Ref. D-378, pp. 1-19.

JORGE DUARTE PINHEIRO, (2016), *O Direito da Família Contemporâneo*, Almedina, Coimbra.

GUILLERMO ESCOBAR ROCA, (2018), "El estatuto constitucional del cuerpo humano, entre libertad y dignidad", en Ricardo García Manrique (Coordinador), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, Navarra, pp. 53-79.

ESTHER FARNÓS AMORÓS, (2017a), "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean

mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017, pp. 231-242.

--(201b), “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones, en María Casado (Coordinadora), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 195-234.

LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, (2016), “Gestación por sustitución”, en Silvia Tamayo Haya (Director), *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, Granada, pp. 133-161.

MARÍA DE LA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, (2017), “La maternidad subrogada en España: ¿coherencia entre la jurisprudencia Civil y Laboral? Reflexiones a propósito de la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 16, 2017, pp. 1-49.

MARÍA JOSÉ GARCÍA ALGUACIL, (2014), “¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2014, pp. 1-18.

JAVIER GARCÍA AMEZ/MARÍA MARTÍN AYALA, (2017), “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”, *Juristas de la Salud*, Vol. 27, 2017, pp. 200-208.

RICARDO GARCÍA MANRIQUE, (2018), “La dimensión corporal de la ciudadanía”, en Ricardo García Manrique (Coordinador), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, Navarra, pp. 13-32.

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO/MARGARITA HERRERO OVIEDO, (2018), “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 67-89.

IVÁN HEREDIA CERVANTES, (2015), “La inscripción de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, en Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós (Coordinadoras), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, julio 2015, pp. 339-396.

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ, (2018), “La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva”, en Ricardo García Manrique (Coordinador), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, Navarra, pp. 221-235.

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI/MARISA HERRERA/ELEONORA LAMM/NATALIA DE LA TORRE, (2017), “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”, *La Ley*, 13 de marzo de 2017, AR/DOC/610/2017, pp. 1-21.

ELEONORA LAMM, (2012), “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret* 3/2012, ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

--(2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions e Edicions, Barcelona.

--(2016), “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmaticensis*, Vol. 4, junio 2016, pp. 61-107.

--(2018), "Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo", en Ricardo García Manrique (Coordinador), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, Navarra, pp. 191-220.

ELEONORA LAMM/NIEVES RUBAJA, (2012), "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los alineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 37, 2016, pp. 149-170.

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, (2012), "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012, Ref. D-20, pp. 1-22.

JOSÉ LÓPEZ GUZMÁN, (2017), "Dimensión económica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2, 2017, pp. 199-218.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (2017), "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre maternidad subrogada", núm. 4, 2017, pp. 1-4 ([www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com)).

VICENTE MONTÉS PENADÉS, (2003), "La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 7, 2003, pp. 5-22.

M<sup>a</sup>. INMACULADA MORENO DE LA FUENTE, (2017), "La gestación por sustitución: Derecho Internacional y Derecho Comparado", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017, pp. 1-14, ([revistas@iustel.com](mailto:revistas@iustel.com)).

MÓNICA NAVARRO MICHEL, (2018), "La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?", en Ricardo García Manrique (Coordinador), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, Navarra, pp. 237-258.

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, (1988), "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 19-38.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PILAR JIMÉNEZ BLANCO, (2014), "Libertad, igualdad ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 1-24.

ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, (2017), "El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley (Métodos de reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)", *InDret 2/2017*, ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

RUBÍ NIEVES RODRÍGUEZ DÍAZ, (2017), "Subrogación interina: aspectos médicos", *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 26, 2017, pp. 1-14.

ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS, (2015), "Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós (Coordinadoras), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, julio 2015, pp. 301-338.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ, (2017), "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos", *Revista de Derecho Político*, núm.

99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120.

LORENA SALES PALLARÉS, (2016), "La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: Un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución", *Revista de Derecho Privado*, núm. 31, julio-diciembre 2016, pp. 89-108.

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, (2017), *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

--(2018), "Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero 2018, pp. 138-155.

--(2018), "La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica", *RDP*, núm. 4, julio-agosto 2018, pp. 39-92.

MARÍA MARGARIDA SILVA PEREIRA, (2017), "Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição", *Julgar Online*, janeiro 2017, pp.1-25.

FERNANDO SIMÓN YARZA, (2017), "Gestación subrogada o vientres de alquiler: Reflexiones a la luz del Derecho Comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017, pp. 1-24 ([revistas@iustel.com](mailto:revistas@iustel.com)).

LUCIANA BEATRIZ SCOOTI, (2012), "El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada, una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", *Revista Pensar en Derecho UBA*, núm. 1, pp. 267-289.

ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, (2012), *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ, (2011a), "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011, pp. 1-19.

--(2011b), "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1) a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, pp. 1-21.

--(2014), "Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014", *Diario La Ley*, núm. 8309, 13 de mayo de 2014, pp. 1-17.

--(2015), "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por sustitución en España", *Diario La Ley*, núm. 8457, 13 de enero de 2015, pp. 1-17.

--(2016), "La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto", *Diario La Ley*, núm. 8868, 22 de noviembre de 2016, pp. 1-24.

--(2017), "¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del "Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada" de 19 de mayo de 2017", *Diario La Ley*, núm. 9035, 6 de septiembre de 2017, pp. 1-18.

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, (2010), "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-10.

--(2016), "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, febrero 2016, pp. 349-357.

--(2017), "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en Giuseppe Conte e Sara Landini (Coordinadores), *Principi, Regole, Interpretazione. Contratti e Obligazioni, Famiglie e Successioni, Scritti in Onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, pp. 583-614.

ANTONIO VILA-CORO VÁZQUEZ, (2015), "Hacia una regulación de la gestación por sustitución como Técnica de Reproducción Asistida", en Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós (Coordinadoras), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, julio 2015, pp. 283-300.

SILVIA ZULLO, (2018), "El gobierno del cuerpo entre "orden público" e "interés privado": una relectura crítica a partir de la noción de propiedad", en Ricardo García Manrique (Coordinador), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, Navarra, pp. 99-117.