



FACULTAD DE DERECHO

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Autor: Paloma Gómez Gómez
4º E1 Derecho and Business Law
Área de Derecho Civil

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid
Abril 2018

Resumen: Los avances tecnológicos y científicos han dado lugar a técnicas de reproducción asistida que permiten procrear sin necesidad de que se produzca una unión sexual. En este contexto, surge la llamada maternidad subrogada, siendo el recurso a la misma una práctica cada vez más frecuente por quienes desean ser padres y carecen de posibilidades biológicas para ello (parejas homosexuales) o por aquellos que por cualquier circunstancia no pueden - o no quieren - procrear de manera natural.

El objeto de este trabajo es el análisis de la regulación de la maternidad subrogada, concretamente de su prohibición en el ámbito nacional, comparándola con la situación legal existente en el extranjero. Asimismo, se observarán los argumentos éticos a favor y en contra de ésta y se intentará dar una respuesta a la pregunta de si es o no necesaria su legalización en España.

Palabras clave: Maternidad subrogada / Técnicas de Reproducción Humana Asistida / Interés superior del menor / Orden Público Internacional.

Summary: Nowadays, the technologic and scientist advantages have given rise to assisted reproduction techniques that allow to procreate without a sexual union. In this context, the so called surrogate motherhood arises. The resort to this method is a frequent practice by those who wish to be parents and They can't because They have a lack of biological possibilities (homosexual couples) or by those that by any circumstance cannot - or do not want - to be parents in a natural way, through a sexual relationship.

The object of the present essay is the analysis of the regulation of the surrogate motherhood, specifically its prohibition in Spain, comparing it with the legal situation existing abroad. Likewise, I will study the pro and against ethical arguments, and I will try to give an answer to the following question: is it necessary to legalize this practice in Spain?

Keywords: Surrogate motherhood / Assisted Human Reproduction / The best interests of the child / Internal Public Order.

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CUESTIONES PREVIAS	10
2.1. Antecedentes	10
2.2. Concepto y Modalidades	12
3. MARCO LEGAL MUNDIAL	16
3.1. Países que prohíben la maternidad subrogada.	17
3.2. Países que la admiten condicionada a requisitos.	18
3.1. Países que la admiten de manera amplia.	19
4. LA SITUACIÓN DE LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	20
4.1. Regulación en derecho material	20
4.2. Problemática en Derecho Internacional Privado español	29
4.3. Propuesta de <i>lege ferenda</i>	33
5. CONCLUSIONES	36
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

ABREVIATURAS Y SIGLAS

art.(s.)	Artículo(s)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CBRC	Cross-Border Reproductive Care
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIPr	Derecho Internacional Privado
Ed.	Editorial
EE.UU	Estados Unidos
GpS	Gestación por sustitución
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Asistida
núm.	número
OMS	Organización Mundial de la Salud
op. cit.	Obra citada
p.e.	por ejemplo
p. (pp.)	página(s)
RC	Registro Civil
RRC	Reglamento del Registro Civil
ss.	siguientes
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
UE	Unión Europea
UPA	Uniform Parentage Act
vid.	véase

1. INTRODUCCIÓN

En pleno siglo XXI, el concepto de maternidad dista mucho del contenido en la máxima de Derecho Romano *mater semper certa est*. Los avances en la ciencia, medicina y tecnología han dado lugar a un amplio abanico de posibilidades que facilitan a las personas adquirir la condición de madre o padre, siendo esto un claro ejemplo de que nos encontramos en un mundo evolucionado y, en consecuencia, planteando un debate: ¿Estamos abogando por la evolución científica en detrimento de nuestra propia condición humana?

Al margen de esta controversia – más bien ubicada en un plano moral - que será tratada a continuación, es preciso señalar que desde el punto de vista jurídico no resulta un hecho desconocido que la condición paternal puede ser adquirida bien a través de la efectiva realización de una relación interpersonal e íntima que culmine mediante la gestación de un hijo biológico de ambos progenitores, o bien llevando a cabo el proceso legal de adopción. Sin embargo, este contexto tradicional se ha visto sustituido por la irrupción en la sociedad de diversas técnicas que, en relación con la maternidad, reciben el nombre de “técnicas de reproducción asistida”¹.

El recurso a estos medios surge con base en diversos derechos constitucionalmente reconocidos entre los que destacan los derechos reproductivos y sexuales. De entre la diversidad de sistemas de reproducción asistida, compete abordar, con el presente trabajo, la problemática surgida en torno a la denominada maternidad subrogada o gestación por sustitución, proceso por el cual una mujer, la gestante, lleva en su útero un hijo propio o ajeno (dependiendo de la modalidad) que una vez *nato* será entregado a otra persona (la cual no necesariamente ha de ser una mujer, véase el caso de las parejas homosexuales) para que ésta ejerza los derechos de padre o madre, según el caso. Concretamente, se pretende acotar la cuestión de la gestación por sustitución a su tratamiento y reconocimiento en España, especificando el concepto, detallando sus modalidades, tratando la cuestión moral surgida en torno a ella y, fundamentalmente, analizando su

¹ La OMS define el concepto de reproducción asistida como el conjunto de técnicas y procesos que sustituyen el proceso natural de la reproducción e implican el tratamiento artificial de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo sin que medie una relación sexual. En “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)” *Organización Mundial de la Salud*, 2010 (disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1; última consulta 23/03/2018).

regulación en nuestro país poniendo de manifiesto la ambigüedad del legislador español al resolver el problema mediante una solución parcial y no una específica ordenación.

La regulación de esta modalidad, también conocida como gestación de alquiler o vientres de alquiler, varía mucho de un país a otro, pues se trata de un supuesto especial de reproducción asistida cuyo desarrollo está en plena expansión. A este respecto, puede mencionarse, por ejemplo, su legalización en diferentes Estados de Estados Unidos, en los que existe una específica regulación.

No ocurre así en parte de Europa, donde se encuentra expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico de diversas naciones. Este es el caso de países como Francia o Alemania, donde la maternidad subrogada se considera un contrato inmoral y nulo de pleno derecho por atentar contra la prohibición de uso de las personas como objetos de comercio.

En España, esta figura aparece expresamente prohibida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida² y en diversas normas reguladoras del estado civil de las personas y filiación (ambas imperativas y de orden público) contenidas en el Código Civil³. Con base en estas normas, el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. No obstante, existen medios para el reconocimiento de niños nacidos mediante esta técnica en España. Así, el 18 de febrero de 2009, la DGRN⁴ permitió la inscripción en el Registro Civil español de una filiación obtenida a través de esta técnica en el extranjero, en un país donde ésta se considera legal. Ocurrió así porque a este respecto entran en juego las normas de reconocimiento de Derecho Internacional Privado (DIPr), que no implican una determinación de la filiación conforme a Derecho Español, si no que se limitan a examinar si tal filiación ha sido autorizada por una autoridad competente, de modo que no se está creando una situación jurídica nueva, sino que se está reconociendo y registrando una ya constituida válidamente fuera de España⁵.

² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. BOE número 126, de 27 de mayo de 2006.

³ Código Civil español. BOE número 206, de 25 de julio de 1889.

⁴ “Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009” (disponible en: <http://www.asesoriayempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>; última consulta: 04/04/2018).

⁵ Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, p. 4.

Sin embargo, durante el desarrollo de este trabajo va a poder apreciarse un escenario de confrontación entre la postura adoptada por nuestra Jurisprudencia y las decisiones de la Dirección General de Registros y de Notariado respecto a la inscripción en el Registro Civil español de filiaciones que tienen su origen en un contrato de gestación por sustitución.

Todo esto hace que exista ambigüedad en lo relativo a la maternidad subrogada en nuestro país, que unida a su prohibición y a la presencia de varias resoluciones que permiten indirectamente el reconocimiento de esta práctica, provoca situaciones de inseguridad.

En el plano moral, las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) han revolucionado las formas de reproducción humana, haciendo innecesario un encuentro sexual para procrear. Esto supone un gran avance, permitiendo a personas que por algún motivo eran infértiles, engendrar sus propios hijos biológicos. No obstante, la fecundación in vitro supone algo más que una solución a los problemas de infertilidad. Los detractores del uso de esta técnica apuntan que no es empleada simplemente con este fin, sino que ha supuesto una revolución en la forma de reproducción humana, evitando el contacto carnal y, lo que es más preocupante, permitiendo al hombre crear vida humana en una probeta de laboratorio⁶.

Esta técnica de fecundación es utilizada con fines muy distintos, que han ido evolucionando a la par que los medios tecnológicos. De esta manera, es muy frecuente el recurso a este procedimiento no solo por uniones familiares en las que está presente en uno de los miembros de la pareja una infertilidad, sino también por parejas homosexuales, mujeres u hombres solos que tienen la intención de tener un hijo e incluso por mujeres que por razones profesionales u otras, no quieren soportar las consecuencias biológicas del embarazo.

En este sentido, existen países que admiten las TRHA y otros que las prohíben. Por ejemplo, en Europa puede apreciarse una diversidad de posturas que no depende de la ubicación ni de convicciones religiosas⁷. España y Bélgica permiten el uso de estas

⁶ El primer caso de un bebé nacido mediante la fecundación in vitro tuvo lugar en 1978, de la mano de los doctores Edwards y Steptoe. Lesley y su marido John Brown no podían tener hijos por un problema de obstrucción en las trompas de Falopio de la mujer. Gracias a la fecundación in vitro, su hija Louise nació. Lamm, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona Publicaciones y Ediciones, 2014, pp. 19-22.

⁷ No obstante, hay ciertas investigaciones que demuestran que las personas con convicciones religiosas son más proclives a rechazar la gestación por subrogación. Véase Murphy, M., Jones, D., Hallam, Z.,

técnicas. Sin embargo, Francia o Turquía (países muy diferentes) lo prohíben. Si bien, dentro de los países que permiten las TRHA, no todos tienen una legislación específica que apruebe el recurso a las mismas para llevar a cabo, en concreto, un convenio de maternidad subrogada.

El debate moral surge cuando hablamos de gestación por sustitución. No sólo se está creando vida de manera artificial, sino que se está comerciando con ella (o así se entiende en aquellos Estados cuya legislación prohíbe estos convenios) siendo indisponible el estado de las personas y quedando éstas fuera del comercio de los hombres desde la abolición de la esclavitud. Así, defensores y detractores utilizan para sostener sus posturas argumentos relativos a derechos fundamentales. Unos defienden que la mujer no puede ser reducida a su condición de hembra con capacidad para procrear, mientras que otros consideran que hay valores supremos (la vida es uno de ellos) que no pueden quedar simplemente al arbitrio de la autonomía de la voluntad, primando su protección colectiva frente a los intereses individuales. Por ello, se plantean dos desafíos para la gestación por sustitución:

El primero supone preguntarse si es necesario el cumplimiento de unos requisitos mínimos, para que la procreación sea beneficiosa para las partes. En respuesta, los defensores de esta técnica sostienen que no tiene por qué haber vínculo sexual, gestacional y filial, sino que debe primar el deseo individual de procrear, pudiendo en consecuencia utilizarse la gestación por sustitución (en adelante GpS) sin trabas. No obstante, otros afirman que debe existir tal vínculo por ser importante para los implicados en el proceso y para la correcta ordenación social, admitiéndose la GpS con carácter excepcional y siempre que concurren determinadas circunstancias.

El segundo tiene que ver con su regulación. Esta puede ser más o menos permisiva en función de los intereses a los que se dé mayor importancia. Si se prioriza el deseo individual de las personas de procrear, lo recomendable sería aprobar una regulación universal básica que permitiese el acceso a la maternidad subrogada garantizando una mínima seguridad jurídica y el recurso a la misma por las personas con menos recursos para no ver menguados sus derechos reproductivos. Por otro lado, si se prioriza el bien del niño entendiéndose que debe existir un vínculo con la mujer que lo da a luz, la

Martin, R., Hakin, R., Van Den Akker, O. B. A. "Infertility in focus: how far would you go?". *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, núm. 20, 2002, p. 192.

regulación universal básica debería ser restrictiva, permitiendo el recurso a este procedimiento sólo en circunstancias excepcionales e impidiendo el turismo reproductivo que facilita a personas con más recursos económicos hacer uso de la GpS en otros países en los que está permitido y/o es más barato⁸.

Asimismo, la figura cuenta con defensores y detractores por diversas razones:

- Argumentos a favor. Los que defienden esta figura alegan que se ha de defender la familia o el matrimonio en su vertiente procreadora, siendo la GpS una clara manifestación de la misma. Entienden que ha de protegerse la dignidad humana, pero que tal valor no es el único implicado en esta técnica de reproducción asistida, siendo necesaria la libertad de reproducción. En este sentido, las mujeres deben tener el derecho a decidir si quieren o no engendrar un hijo y, si su deseo es tal, deben poder decidir cuándo, cómo y con quién hacerlo. Por ello, la maternidad subrogada es sólo una opción para llevar a cabo este proceso y su prohibición no debe justificarse con base en la moral, pues está demostrado que este medio no es perjudicial para el niño⁹ y, por tanto, el Estado no debería imponer una serie de valores a aquellas personas que no los comparten, pues no suponen un daño para los participantes ni para el nacido. Consecuentemente, los defensores argumentan que el Estado debería mantenerse al margen de la cuestión. Del mismo modo, niegan que suponga un atentado contra la libertad de la mujer, pues no puede darse una cosificación ni explotación de la gestante si es ella quien consiente libre y voluntariamente esta práctica, aun existiendo contraprestación pecuniaria, ya que no se les está privando del derecho a la autodeterminación y privacidad.

Por todo esto afirman que la GpS es beneficiosa para realzar como valores supremos la no discriminación e igualdad, pues permite a parejas heterosexuales el acceso a una paternidad genética, así como a madres infértiles. Si se admite el uso de esta TRHA a mujeres incapaces de dar a luz por razones biológicas o médicas, no tiene sentido que se

⁸ Véase en todo lo referido a las TRHA y el núcleo del problema de GpS en esta cuestión, el informe del Comité de Bioética de España. López y López, M. T., de Montalvo Jääskeläinen, F., Alonso Bedate, C., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., de los Reyes López, M., Fernández Muñoz, P. I., Jouve de la Barreda, N., López Moratalla, N., Nombela Cano, C., Romeo Casabona, C. M., Serrano Ruiz-Calderón, J. M., “Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada”, Bilbao, 2017, pp. 6-9 (disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf; última consulta 17/02/2018).

⁹ En términos de la psicología prenatal no ha podido demostrarse un daño al niño. Massager, N., “Gestation pour autrui”, en Hottois, G. y Missa, J. N. (eds.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Boeck Université, Bruxelles, 2001, pp. 482 y ss.

les prohíba a otras que son fértiles, pero no quieren dar a luz por diversas razones. Además, no puede demostrarse que la máxima *mater semper certa est* se cumpla, pues no todas las mujeres reaccionan igual ante el parto ni experimentan un apego al niño por esta razón¹⁰, de manera que la práctica no afecta a la salud física y mental de la gestante ni a la del niño¹¹.

- Argumentos en contra. En contraposición a lo anterior, los detractores de la GpS la consideran un atentado contra la dignidad humana puesto que las personas están fuera del comercio de los hombres y su utilización en relaciones jurídicas (fundamentalmente su comercialización) supone una falta de respeto a su condición, hecho que justifica la consideración de los contratos de maternidad subrogada como absolutamente nulos.

Estos autores abogan por superar la idea de la mujer como un instrumento para procrear, afirmando que esta práctica supone su cosificación, atentando contra su dignidad, autodeterminación y libertad, pues se discute si realmente están cumpliendo su voluntad o se ven influidas por la presión social y económica (en los casos en los que se da una retribución pecuniaria). Así, el turismo reproductivo supone a su vez una discriminación y explotación que permite que las mujeres del mundo periférico sean utilizadas por las del primer mundo para procrear. Por otro lado, estos medios de reproducción pueden llegar a generar problemas cuando se produce un aborto, e incluso se dan casos de compraventa y supresión de identidad de niños, ambos delitos. El niño no es una propiedad y mediante la GpS se le da un tratamiento como tal, pues se celebran contratos como si de una mercancía se tratase, lo que puede llegar a provocarle un menoscabo consecuencia de la ruptura del vínculo materno-filial establecido con la gestación y el parto¹².

¹⁰ Para Purdy debería disociarse la maternidad, pues esta no viene determinada por el hecho de dar a luz. No todas las mujeres embarazadas disfrutan del embarazo igual que de la crianza de los hijos y por tanto, sería injusto que mujeres infértiles que sí disfrutasen de este proceso se vieran privadas de tal posibilidad. Purdy, L. M., "Another look at contract pregnancy", Holmes, H. B. (ed.), *Issues in reproductive technology: An anthology*, Garland Publishing, New York & London, 1992.

Vid. Salas Carceller, A., "Sobre las relaciones entre la compañera de la madre biológica con el hijo de esta concebido por inseminación artificial", *Revista Aranzadi Doctrinal* (parte tribuna), núm. 10/2011, Pamplona, 2011.

¹¹ Para la elaboración de todo este apartado se ha obtenido la información de: Lamm, E., "Gestación por Sustitución: realidad y Derecho", en *Indret revistas para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 7-10. (disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf; última consulta: 18/02/2018).

¹² Véase que los doctrinarios de la figura aluden al argumento de Purdy según el cual no puede considerarse que por la simple gestación exista un vínculo afectivo con el niño. Además, defienden la existencia de estudios que niegan la producción de un daño para el niño engendrado mediante este procedimiento, más cuando la familia en la cual se inserta lo desea y no habría existido de no ser por la GpS. Así justifican que

En último término, se alega una manipulación artificial del cuerpo femenino a través de los procedimientos pactados en el convenio de gestación por sustitución, pues implican un modo no natural de lograr un embarazo que supone situar a la mujer en una posición de “incubadora humana” para el hijo de otro¹³.

Por todo esto, consideran que es conveniente y justo que exista una prohibición expresa a toda práctica que lleve a la utilización de la mujer como un instrumento para generar vida, siendo esto imposible de admitir en una sociedad avanzada y democrática¹⁴.

2. CUESTIONES PREVIAS

2.1. Antecedentes

Aunque parece evidente que la gestación por sustitución es una técnica novedosa fruto de los avances tecnológicos de la sociedad actual, esto no es del todo cierto. Sus antecedentes se remontan incluso al Antiguo testamento¹⁵, si bien con una finalidad distinta, pues su fundamento era atender a los intereses masculinos y suplir las deficiencias reproductivas de su mujer a través del mantenimiento de relaciones sexuales con otra para de este modo generar descendencia. Un ejemplo de este pensamiento aparece en el relato de Sarah y Abraham: “Sarah, la mujer de Abraham, no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Hagar y Sarah le dijo a Abraham: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella...y Hagar dio un hijo a Abraham y Abraham lo llamó Ismael” (Génesis: 16.1 a 4)¹⁶.

Del mismo modo, la propia historia de la humanidad manifiesta un continuo interés por la preservación de la especie. No son raros los casos de poligamia en los que un hombre tenía diversas esposas y numerosos hijos con ellas, o aquellos casos en los que las mujeres infértiles (o no) permitían a sus maridos engendrar niños con otras mujeres.

deba existir una regulación al respecto, pues nace un niño y el interés superior debe ser protegerlo dándole una familia que sea legalmente reconocida.

¹³ Para la elaboración de este apartado del trabajo (Punto V) se ha obtenido información de Lamm, E., “*Gestación por Sustitución: realidad y Derecho*”, op. cit, pp. 7-10. (disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf; última consulta: 05/04/2018).

¹⁴ Vid. Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., pp. 5-7.

¹⁵ Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., p. 19.

¹⁶ Relato extraído de Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., p. 20.

No obstante, este podría considerarse el germen remoto de la maternidad subrogada, pero no el antecedente más relacionado con la misma, pues en el caso expuesto, lo que se produce es una permisión de la esposa al marido para que este, a través de un segundo matrimonio o no, pueda procrear.

Fue en el año 1976 cuando realmente se elaboró por primera vez un documento que recogía un acuerdo de gestación por sustitución¹⁷. En ese caso, la mujer gestante a su vez era la que aportaba el material genético donando sus óvulos, pues el proceso se realizaba a través de una inseminación artificial¹⁸. La novedad fundamental llegó en 1984, año en el que, por primera vez, una mujer incapaz de gestar un hijo por carecer de útero pudo tener un hijo biológico mediante el alquiler del útero de otra mujer, y gracias a la aparición de la fertilización in vitro.

Sin embargo, como recoge Lamm, fue a mediados de los años ochenta cuando se hizo público un caso de gestación por sustitución, concretamente el caso *Baby M*¹⁹.

Con este caso, un bioquímico (Sr. Stern) cuya esposa no podía procrear concretó un acuerdo de gestación por sustitución por el cual inseminaba artificialmente con su semen a una mujer con la que acordó un precio, así como la entrega del niño tras el parto y su renuncia a todos los derechos. En este caso la gestante aportó el óvulo y tras el parto, se negó a entregar a la niña y a renunciar a sus derechos. El caso se llevó al Tribunal Supremo de Nueva Jersey y tras valorar diversas condiciones se entregó la custodia permanente a los señores Stern. Esto fue así a pesar de considerarse el contrato de maternidad subrogada como ineficaz e ilícito por haber intereses superiores en juego²⁰.

¹⁷ Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., p. 20.

¹⁸ La inseminación artificial es una técnica que permite lograr un embarazo mediante la fertilización in vivo por medios distintos de las relaciones sexuales. Supone la introducción deliberada de espermatozoides en el útero o cuello uterino de una mujer. “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)”, *Organización Mundial de la Salud*, 2010 (disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1; última consulta 23/03/2018).

¹⁹ Silvia Ruiz, P. F., “Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente”, *BIMJ*, núm. 1503, 1988, pp. 38 y ss. (disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344065158?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1988_1503.pdf&blobheadervalue2=1288777293577; última consulta: 10/02/2018).

²⁰ Relato extraído de Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., p. 21.

En 1985 hubo un caso similar llamado *Baby Cotton*, si bien en éste la gestante no puso ninguna objeción a la renuncia del niño y de sus derechos como madre. También había aportado sus óvulos para que fueran inseminados artificialmente.

A partir de ese momento, la maternidad subrogada se ha convertido en una práctica cada vez más demandada en todo el mundo para lograr tener un hijo, si bien la única razón no es la infertilidad, como se verá a lo largo de este trabajo.

2.2. Concepto y Modalidades

La doctrina²¹ define la maternidad subrogada como aquel proceso por el cual una mujer denominada gestante lleva en su útero un niño que, una vez dado a luz, será entregado a otra persona para que ésta asuma la condición de padre o madre. Esto supone que la máxima de *mater semper certa est* no se cumple, pues la gestación subrogada tiene como finalidad la privación de la condición maternal a la mujer que ha parido, y todo esto de manera voluntaria a través de un acuerdo entre la gestante y aquella persona que va a asumir los derechos como progenitor.

No obstante, no existe una única definición que haga referencia a la maternidad subrogada, existiendo diferentes consideraciones dependiendo de la modalidad utilizada para llevar a cabo esta técnica de reproducción asistida.

Conviene señalar que una de las primeras descripciones es la de Coleman, quien señala:

La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil (...). Una vez nacido el niño, renuncia a su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte ²².

Puede parecer que esta definición ha quedado un poco obsoleta, pues en realidad recoge sólo una de las modalidades que se contemplan en maternidad subrogada, concretamente aquella por la cual un hombre casado entrega su semen para inseminar artificialmente a una mujer que presta sus óvulos y dará a luz a su hijo. Por tanto, de la definición se puede extraer que son requisitos la existencia de una pareja heterosexual y casada, así como la infertilidad de la esposa. Una vez nacido el niño, la adquisición de los derechos sobre este

²¹ Véase, por ejemplo: Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada...*”, op. cit., en p. 1, y Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., en p. 24.

²² Coleman, P., “Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions”. *Temes-see law review*, 50, 1982, pp. 71-118, en p. 75.

varía en cuanto al padre biológico y su esposa. El primero ostenta todos los derechos de filiación pues es reconocido como padre genético y legal, sin embargo, su esposa deberá recurrir a la vía de la adopción puesto que carece de vínculo biológico con el niño ²³.

Resulta curioso que, pese a las deficiencias en la descripción dados los cambios sociales, e independientemente de la modalidad de gestación por sustitución utilizada, esta solicitud de adopción a presentar por parte de la que será madre no biológica (la comitente) sigue siendo necesaria en algunos países en los que esta técnica carece de una legislación específica o está expresamente prohibida, si bien dependiendo del caso concreto y del país donde se ha llevado a cabo tal práctica ²⁴.

Superada la unión tradicional de parejas heterosexuales y con el reconocimiento del matrimonio homosexual, se abrió la posibilidad de introducir nuevas definiciones de la gestación por sustitución, entre las que puede destacarse la de Pérez Monge, que define esta técnica: “como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino) ²⁵.

La misma línea de pensamiento siguen autores como Díaz Romero²⁶ y Vela Sánchez²⁷, concretándose aún más la definición en un estudio realizado por la Unión Europea, estudio en el que se define la gestación por sustitución como “una práctica en la que una mujer queda embarazada con la intención de dar al niño a otra persona al nacer” ²⁸.

²³ En la misma línea se pronuncian Gómez Sánchez y el Informe Warnock (1984) de Reino Unido sobre fertilización humana y embriología. Así, conforme a la consideración de estos, la maternidad subrogada sólo contempla una modalidad, definiéndose como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. En Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 15-19.

²⁴ Como se verá más adelante, en España la gestación por sustitución es una práctica expresamente prohibida en nuestro país. No obstante, y aunque resulte contradictorio, cuando este proceso se lleva a cabo en el extranjero en países en los que está permitida, entran en juego las reglas del Derecho Internacional Privado, permitiendo posteriormente (aunque no en todos los casos) que el niño sea considerado legalmente como hijo de los comitentes.

²⁵ Pérez Monge, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Perita iuris, Madrid, 2002, p. 329.

²⁶ Díaz Romero, M.^a del R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, número 7527, 14 de diciembre de 2010, p. 1 y ss.

²⁷ Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 16-20.

²⁸ Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., King, D., Marzo, C., Mccandless, J. A., “Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States”. *Unión Europea*, 2013, p. 12. (disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf); última consulta: 5/04/2018).

Así, se pone de relieve que dar una definición precisa resulta una tarea ardua, que depende fundamentalmente de la modalidad, coincidiendo en todas ellas la voluntad de la gestante de entregar el niño al nacer. Dadas las diferentes situaciones, Lamm considera que la palabra *subrogación* no es adecuada jurídicamente para englobarlas a todas, siendo preferible utilizar el término *sustitución*²⁹. Del mismo modo, considera que no procede llamar a la mujer gestante “madre” pues ese concepto tiene un amplísimo significado que no debe reducirse al de gestar y parir³⁰.

Adentrándonos un poco más en el ámbito de las modalidades de la maternidad subrogada, existen en la doctrina diversos criterios de clasificación. Uno de ellos puede ser el contemplado por Lamm, quien considera que la gestación por sustitución puede ser o bien tradicional, en caso de que la gestante aporte sus gametos y su útero, o bien gestacional, si únicamente lleva en su útero los óvulos de la mujer comitente. Vela Sánchez³¹ considera esta clasificación como “sencilla” y da nombre a estas dos figuras como “alquiler de útero con compra de óvulo” y “alquiler de útero”, respectivamente.

Igualmente, es interesante apuntar que, para parte de la doctrina³², esta técnica de reproducción supone que las funciones de la “madre” se diversifiquen, pues existiría una madre biológica que aporta los óvulos, una madre gestante que los porta en su útero y una madre jurídica o legal que ostentará la función social y jurídica. Así, es posible que las tres funciones las ostente una mujer o que estén presentes en el proceso tres mujeres distintas, atribuyéndose a cada una de ellas una tarea distinta. En este último caso, podría entenderse que se dan tres tipos de maternidad: por un lado, estaría la madre genética que prestaría sus óvulos; por otro lado, habría también una madre gestativa que simplemente portaría los mismos y en último lugar, existiría una madre legal que asume los derechos sin existir un vínculo biológico³³.

Al margen de catalogar las modalidades en función de las mujeres implicadas, el Comité de Bioética de España lleva a cabo una clasificación novedosa y atractiva, introduciendo numerosos criterios para determinar el tipo de gestación subrogada:

²⁹ El mismo término es preferiblemente adoptado por considerarse menos peyorativo y más exacto por Antonio J. Vela Sánchez y Souto Galván. Así aparece recogido en Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., p. 14.

³⁰ Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., pp. 22-24.

³¹ Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., en p. 17.

³² Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., pp. 32-58.

³³ Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 16-19.

(1) la finalidad con la que actúa la gestante. Esto dependerá de si el contrato es oneroso o gratuito. En el primer caso la gestante presta un “servicio” a cambio de una contraprestación, mientras que en el segundo su intención es altruista, debiendo pagar los comitentes como máximo los gastos del parto y la pérdida económica que pueda sufrir la mujer.

(2) la existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y padres legales del niño (los llamados comitentes). Esto dependerá de si la mujer que va a gestar al niño tiene parentesco consanguíneo o no con alguno de los padres legales. En el primer caso se crearía un doble vínculo con el niño, pues sería madre gestante y a su vez estaría vinculada a él por el lazo de parentesco que tuvieran. En el segundo caso únicamente habría vínculo por la gestación.

(3) las condiciones de entrega del niño. El contrato de gestación por sustitución puede implicar la renuncia al niño antes del parto o no. Si no se renuncia con anterioridad, la gestante tiene libertad para decidir, en un plazo de días tras el parto, si entrega o no al niño. Esta segunda posibilidad no se contempla en contratos onerosos, pues estos incluyen la renuncia antes.

(4) el origen de la dotación genética del niño. Esto depende de las personas que participen en el proceso de gestación por sustitución. Pueden darse hasta seis combinaciones dependiendo de quién aporte el material genético y quien lleve en su útero al niño. De este modo, los “padres genéticos” podrían ser: los comitentes; el varón comitente y una donante de óvulos; el mismo y una mujer gestante; un donante de esperma y la mujer gestante; un donante de esperma y la comitente y a un donante de esperma y una donante de óvulo.

(5) el tipo de comitentes. En este caso estaríamos hablando de parejas (heterosexuales u homosexuales) o mujeres o varones en solitario e incluso más de dos personas o una persona jurídica.

(6) la causa por la que se recurre a la subrogación. Podría deberse a infertilidad, a carencia de útero (fundamentalmente por razones biológicas, esto es, por ser un hombre) e incluso a razones profesionales que hacen que la mujer no quiera gestar.

(7) la localización geográfica de comitentes y gestante. Podrán encontrarse en el mismo país o en uno distinto. Se entiende que en el segundo caso no había relación afectiva

previa entre las partes, y es probable que tampoco la haya tras el parto. En el primer caso sí hay más probabilidad de que exista un contacto antes y después del parto.

(8) el nivel de conocimiento y libertad de la gestante. No siempre la mujer es plenamente conocedora del servicio que se dispone a prestar, de modo que no será totalmente libre. Esto es así cuando se dan escasas garantías jurídicas.

(9) el tipo de relación jurídica que se establezca entre comitentes y gestante. Dependerá una vez más del tipo de contrato. Hay contratos exhaustivos y otros más generales. Normalmente el contacto entre los comitentes y la gestante se lleva a cabo a través de mediadores o agencias, pues no deja de ser un acuerdo comercial.

(10) la existencia de un marco legal que garantice o no la seguridad jurídica. Esta técnica puede estar específicamente regulada en algunos países, carecer de un marco normativo en otros e incluso estar regulado en otros, pero sin garantías de cumplimiento. El problema surge cuando se dan subrogaciones internacionales, puesto que se pueden generar situaciones de inseguridad jurídica debido a los conflictos entre las normas de Derecho Internacional Privado de los países implicados.

(11) distintos aspectos técnicos. Hablamos de inseminación artificial o fecundación in vitro, siendo más frecuente la primera. Del mismo modo, la gestante podría ser primípara o no, los embriones congelados o no...hay numerosos factores ³⁴.

3. MARCO LEGAL MUNDIAL

Como ya hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad, no existe unanimidad entre los países en cuanto a la admisibilidad o no de la maternidad subrogada. Incluso, aquéllos que la permiten, tampoco coinciden totalmente en cuanto a las normas que han de regularlas.

³⁴ López y López, M. T., de Montalvo Jääskeläinen, F., Alonso Bedate, C., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., de los Reyes López, M., Fernández Muñoz, P. I., Jouve de la Barreda, N., López Moratalla, N., Nombela Cano, C., Romeo Casabona, C. M., Serrano Ruiz-Calderón, J. M., “Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada”, Bilbao, 2017, pp. 6-9 (disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf; última consulta 16/02/2018).

A continuación, siguiendo a Vela Sánchez³⁵, vamos a ofrecer un breve panorama general (pues el interés fundamental de este trabajo reside en adentrarse en el ordenamiento jurídico español) de cómo está en la actualidad la regulación de la maternidad subrogada en el contexto mundial distinguiendo y agrupando los distintos países en tres grandes categorías. En primer lugar, aquéllos que la prohíben; en segundo lugar, aquéllos que la admiten, pero condicionada al cumplimiento de determinados requisitos y, finalmente, nos referiremos a los países que la admiten de manera amplia.

3.1. Países que prohíben la maternidad subrogada.

1. Italia. La realización de este tipo de contratos está sancionada con pena de cárcel de tres meses a dos años, pues es nulo de pleno derecho como recoge la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, en su artículo 12, 6.º. Esta nulidad supone el reconocimiento de la mujer gestante como madre también a efectos legales, siendo la consecuencia directa la filiación determinada por el parto.

2. Francia. El *Code* francés prohíbe todo convenio relativo a la procreación o gestación por cuenta ajena, disponiendo el artículo 16, 7.º de la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994 que será nulo. Además, tal nulidad es de orden público de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Casación de 31 de mayo de 1991 que afirma que todo contrato cuya finalidad sea que una mujer se comprometa a gestar un niño (aún de manera altruista) para abandonarlo tras el nacimiento, es contrario a la indisponibilidad del estado de las personas y del cuerpo humano, siendo ambos principios de orden público.

3. Alemania. En este país existe la Ley de protección del embrión (Ley n. 745/90, de 13 de diciembre de 1990) que establece en su artículo primero la prohibición de transferir un óvulo de una mujer a otra, fecundar de manera artificial un óvulo con otra finalidad que la de embarazar a la mujer de la que proviene, retirar el embrión de una mujer antes de que se implante en el útero para transferírsele a otra, fecundar artificialmente a una mujer o transferirle un embrión que tras el parto abandonará mediante su entrega a terceros e introducir un espermatozoide humano en un óvulo humano de manera artificial con fin distinto al de embarazar a la mujer de la que proviene.

³⁵ Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 37-40.

4. Holanda. La gestación por sustitución está prohibida, considerándose como un contrato nulo por causa ilícita y, si además éste es lucrativo (implica una contraprestación económica) se considera contrario tanto a la moral como al orden público.

3.2. Países que la admiten condicionada a requisitos.

1. Suecia. La maternidad subrogada está admitida siempre y cuando se trate de un convenio altruista. Dicho de otro modo: se prohíbe esta práctica cuando implica la entrega de una contraprestación económica a la mujer gestante. En este caso, la mujer que pretende adquirir los derechos legales sobre el niño, no podría adoptarlo.

2. El Estado de Louisiana. Si bien es cierto que en numerosos Estados de los Estados Unidos de América se permite la maternidad subrogada de forma amplia (razón por la cual muchos comitentes españoles acuden allí para convertirse en padres), este Estado cuenta con la única jurisdicción de Derecho Civil y está aprobada una legislación que dispone que cualquier convenio entre una gestante no casada, con un hombre que cede su esperma para ser inseminada, gestar el niño y para una vez transcurrido el parto entregárselo al dador del material genético renunciando a la custodia y todos los derechos del nacido a favor exclusivamente del hombre, a cambio de un precio será *nulo, inválido e inexigible* por ser contrario a la política pública ³⁶.

3. Argentina. El artículo 953 del Código Civil Argentino prohíbe la gestación por sustitución, considerando como nulos todos los contratos de este tipo que tenga como contraprestación una cantidad pecuniaria. Esto es así puesto que el mencionado artículo establece la nulidad de aquellos actos jurídicos cuyo objeto no sea una cosa que esté en el comercio de los hombres. La vida humana no lo está.

4. Rusia. La gestación por sustitución es legal siempre que no sea tradicional – que la gestante no aporte los óvulos – estableciéndose unos requisitos tales como: buena salud psíquica, una edad de entre 20 y 35 años y haber tenido como mínimo un hijo propio sano.

³⁶ Sin embargo, hay casos en los que se ha llegado a admitir la validez de este tipo de convenios con base en las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que a su vez se veían amparadas en los derechos a la intimidad y procreación. *Vid.* Silva Ruiz, P. F., “Maternidad subrogada o de alquiler”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 839.

No obstante, si la mujer es casada, deberá contar con el consentimiento de su marido. Existen tres leyes federales y una orden que regulan esta situación.

5. Ucrania es una de las legislaciones más permisivas con esta práctica, estableciendo en su Código de Familia – concretamente en su artículo 123.2 – que el niño gestado por una mujer que, fruto de la utilización de técnicas de reproducción asistida, haya sido concebido con los óvulos y espermatozoides de los miembros de un matrimonio, resultará hijo de éstos. De aquí se deduce que, aunque esté permitido este método, existen algunos requisitos: que la pareja esté casada y aporte sus gametos (esto es, no se admite la gestación por sustitución tradicional) y que por alguna circunstancia no puedan tener un hijo de manera natural. Además, cabe destacar que no se admiten en este país los matrimonios heterosexuales de manera que no podrán estos recurrir a la gestación por sustitución.

3.1. Países que la admiten de manera amplia.

Especial atención merece la regulación de la maternidad subrogada en EE.UU. Como consecuencia de la *soberanía estatal* existente en este país, cada Estado puede legislar sobre la paternidad, pues es una función que corresponde a cada Estado, no federal. Así, se dan legislaciones estatales distintas sobre GpS, no existiendo una ley federal positiva o negativa al respecto. A pesar de que hay algunos Estados como Arizona y Columbia en los que está expresamente prohibida sea remunerada o no, abundan los Estados en los que está permitida. En Nebraska o Nueva York, se prohíbe si hay contraprestación económica, pero no si es altruista. Por otro lado, está expresamente permitida en Texas y Utah, siempre que el procedimiento sea aprobado por la autoridad judicial, para lo que se exigen unos requisitos contemplados en la ley. Ambos estados adoptaron la ley de Paternidad Uniforme (*Uniform Parentage Act*³⁷).

La legislación más permisiva es la de Illinois, que expresamente acepta la GpS comercial, permitiendo que se pague a la gestante los gastos del parto y a su vez un precio razonable. Además, se protege a los matrimonios, a las parejas no casadas y a las personas solas. Se

³⁷ La UPA es una ley modelo que ayuda a la adopción de normas de Derecho de Familia. Fue creada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes y en ella aparecen los contratos de GpS en los que el embrión procede de la unión de los gametos de la pareja comitente o de donante o donantes. Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., p. 186.

establecen sin embargo una serie de requisitos: que la gestante no aporte su material genético, que al menos uno de los comitentes tenga un vínculo genético con el niño, que los comitentes no puedan procrear de manera natural por alguna razón y que la gestante esté sana psíquica y físicamente, tenga un seguro de salud y haya realizado consultas legales, habiendo dado a luz al menos un hijo sano con anterioridad³⁸.

Podría llevarse a cabo un estudio más exhaustivo de cada legislación y más amplio dado el gran número de Estados Miembros de EE.UU, pero el interés fundamental de este trabajo es hablar de su regulación en España.

4. LA SITUACIÓN DE LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

4.1. Regulación en derecho material

En el ordenamiento jurídico español, la gestación por sustitución es una práctica prohibida, pues no están permitidos los contratos que, convenidos por ambas partes a cambio de precio o no, tengan como finalidad la renuncia a la filiación de una mujer gestante a favor de un comitente o tercero. Así, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA)³⁹ establece que será nulo de pleno derecho cualquier contrato de este tipo⁴⁰.

Por tanto, existe en nuestro país una ley que prohíbe expresamente los contratos de GpS, si bien, aunque su nulidad no estuviese manifiestamente declarada, ésta queda recogida de forma implícita en el Código Civil⁴¹ (CC) español, concretamente en su artículo 1275⁴², pues estaríamos ante un contrato con causa ilícita⁴³.

³⁸ Véase Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., pp. 185-192.

³⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE número 126, del 27 de mayo de 2006.

⁴⁰ El artículo 10 LTRHA “*Gestación por sustitución*” establece lo siguiente: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

⁴¹ Código Civil español. BOE número 206, de 25 de julio de 1889.

⁴² Art. 1275 CC: “*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*”

⁴³ Esta consideración es defendida por parte de nuestra doctrina, p.e.: López Peláez, P., “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (Madres de Alquiler) en el Derecho español”, Alventosa del Río, J., Moliner Navarro, R., (codos.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 661 y ss.; Lledó Yagüe, F., *Fecundación*

Asimismo, en opinión de López Peláez⁴⁴, tal nulidad podría extraerse de la falta de objeto o la contravención de las buenas costumbres, la moral y el orden público⁴⁵, ya que entran en juego dos bienes jurídicos protegidos: la capacidad de gestar y el propio cuerpo humano, ambos personalísimos, indisponibles e intransferibles, quedando fuera del comercio de los hombres⁴⁶.

Profundizando en los elementos del contrato de gestación subrogada, la filiación es de tipo esencial, pues de conformidad con el artículo 1274 de CC⁴⁷ estaríamos ante la causa y el objeto, no ante una simple consecuencia. Por ello, dada la protección que el ordenamiento jurídico español otorga a los bienes jurídicos mencionados *ut supra*, este tipo de contrato se constituye con causa ilícita, y como establece el art. 1275 CC⁴⁸, no puede producir efectos. De aquí que García Cantero afirme que la nulidad de los contratos de GpS procede, en último término, de una determinación legal independientemente de si es nulo por causa u objeto, ya que no existe vinculación jurídica ni obligaciones exigibles entre los comitentes y los intermediarios⁴⁹.

En concordancia con lo anterior, la Constitución Española⁵⁰ (CE) recoge una serie de derechos en los que puede fundamentarse la prohibición del convenio de gestación por sustitución⁵¹. Parte de la doctrina se muestra absolutamente contraria a esta práctica

artificial y Derecho, Tecnos, Madrid, 1988, p. 148; y Carcaba Fernández, M. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 169.

⁴⁴ López Peláez, P., “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución...”, op. cit., p. 668.

⁴⁵ Vid. Artículo 1271 CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”, artículo 1261, 2.º. CC: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes... 2.º. Objeto cierto que sea materia del contrato”, artículo 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

⁴⁶ Vela Sánchez, A. J., “La maternidad subrogada”, op. cit., pp. 40-42.

⁴⁷ Art. 1274 CC: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

⁴⁸ Vid. Pie de página núm. 28.

⁴⁹ García Cantero, G., “Derecho, Procreación y Ética. La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida” *Cuadernos de Bioética*, 1993, p. 491 (disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/1999/3/39/478.pdf>; última consulta: 28/02/2018).

⁵⁰ Constitución española de 31 de octubre de 1978. BOE número 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁵¹ También se rechaza este tipo de convenios con base en razones éticas. El Informe Palacios considera que suponen una forma de manipulación del cuerpo femenino, que como se ha indicado, es un bien jurídico protegido que queda fuera del comercio de los hombres. La situación desfavorable a las mujeres en el mercado laboral puede ser una de las razones que llevan a la comercialización de su cuerpo, hecho que, como recoge el informe, es: “inadmisible en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización”. Todo esto podría romper la unidad de valor en la maternidad, distorsionándola y llegando al punto de deshumanizarla. Vid. Vela Sánchez, A. J., “La maternidad subrogada”, op. cit., p. 42.

aludiendo a dos derechos fundamentales: la dignidad humana y la prohibición de que la persona humana sea objeto del comercio de los hombres⁵², línea que sigue Souto Galván, afirmando que en ningún caso el derecho a disponer libremente del cuerpo puede significar la inclusión de prácticas como la de comerciar con el mismo en el proceso de procreación, porque esto supondría que la libre voluntad de las mujeres se estaría limitando con unas cláusulas que le impedirían decidir sobre el desarrollo del proceso de gestación y sobre el propio feto mientras dure el mismo⁵³.

Cabe destacar que esta prohibición tiene como prioridad la protección del *no nato*, evitando que se haga del mismo un simple objeto con el que se puede comerciar, lo que atentaría, como se ha mencionado anteriormente, contra el artículo 10.1 CE. Por ello, las normas que regulan la filiación (que, como se ha mencionado *ut supra* es causa y objeto del contrato) son imperativas y de orden público, de manera que, en ninguna circunstancia pueden ser sustituidas por la autonomía de la voluntad. Aquí se encuentra el motivo por el cual no se admite esta práctica en España: supondría una modificación de las normas a través de las cuales se constituyen las relaciones parentales, ya que la madre gestante habría de renunciar a su condición materno-filial y esto supone ir en contra de principios de orden público. Por estas razones, la nulidad del convenio de gestación subrogada es de pleno derecho, siendo la consecuencia que este se tenga por no existente, *ipso iure*, de oficio y de manera absoluta, *erga omnes*⁵⁴. El *nasciturus* será, por tanto, inscrito como hijo de aquella mujer que lo haya dado a luz, incluso si el óvulo con el que se engendró el embrión no lleva su material genético, y en este sentido se manifiesta La Calle González-Haba⁵⁵ afirmando que:

La determinación de la filiación no es problema en la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida pues al no estar permitidas las madres de alquiler en nuestro derecho, la filiación queda determinada por el hecho del parto.

de ahí que no exista en nuestro ordenamiento una obligación de que la gestante entregue al niño tras el parto, ni si quiera habiendo recibido previamente contraprestaciones con

⁵² Los derechos mencionados aparecen enunciados en la Constitución Española de 1978. Concretamente, en su artículo 10: “1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

⁵³ Souto Galván, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho”, *Foro, Nueva época*, número 1/2005, p. 275 y ss.

⁵⁴ Lo anterior ha sido extraído de Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 43-46.

⁵⁵ La Calle González-Haba, M.ª. D., “La prestación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, *Boletín Facultad de Derecho*, número 7, 1994, pp. 145 y ss. (disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-1994-7-75b9ed1a&dsID=PDF>; última consulta: 28/02/2018).

causa en la gestación. Carece también de obligación de indemnizar a los comitentes y, en caso de que hubiera entregado al niño, tendría derecho a reclamarlo si bien en este último aspecto hay discrepancias en la doctrina, pues algunos autores consideran que, al ser un contrato nulo, la madre gestativa no tendría acción⁵⁶.

En nuestro ordenamiento, la determinación de la filiación obedece al principio de *mater semper certa est*⁵⁷, y, por tanto, será la mujer que da a luz (la gestante) la que se considere como madre, de modo que resulta importante hacer determinadas concreciones en relación con las distintas modalidades de gestación por sustitución y circunstancias de la mujer portadora⁵⁸:

- Si la gestante está casada, se genera un problema adicional, pues como apunta Lledó Yagüe⁵⁹: “*problema importante es el concerniente al status civile de estas mujeres, porque si estuvieran casadas se desencadenaría la presunción de paternidad para su esposo*”. Estaríamos en el caso de la presunción de paternidad del marido de conformidad con el art. 116 CC⁶⁰, quien tiene derecho a que el acto procreativo se realice entre los miembros del matrimonio de manera exclusiva. No obstante, podrá reclamar la filiación, conforme a los cauces generales, el sujeto que aportó el material genético, pues así lo autoriza el art. 10, 3.º LTRHA. No ocurrirá lo mismo cuando el donante sea anónimo de conformidad con los artículos 5 y 8 de la mencionada Ley.

- Si la gestante no está casada, podría determinarse legalmente una filiación extramatrimonial a favor del donante del material genético, una vez que se haya ejercido la acción de filiación, se haya llevado a cabo el expediente registral o haya tenido lugar un reconocimiento solemne (art. 49 Ley del Registro Civil y 8, 2.º LTRHA).

Sin embargo, con lo anterior se está haciendo referencia a la determinación de la filiación del varón que aportó el material genético. Esta posibilidad, por contra, no cabe para la esposa del mismo. Nuestro ordenamiento aboga por la inscripción de la filiación materna

⁵⁶ Lo anterior ha sido extraído de Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 43-46.

⁵⁷ Atender a lo establecido en el Libro I, Título V del CC español. Concretamente, en su artículo 108 establece que: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

⁵⁸ Vid. Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, opus cit., pp. 46-50.

⁵⁹ Lledó Yagüe, F., “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”, *La Ley*, 1985, 2, p. 101 y ss.

⁶⁰ Art. 116 CC: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

del niño respecto de la gestante, si bien una vez llevada a cabo sería posible que la pareja comitente lo adoptase, pues no existe prohibición al respecto. Esta postura es adoptada por la mayor parte de la doctrina⁶¹, considerando que no se produce un fraude de ley, si bien es cierto que existen detractores a la posibilidad de adopción, pues como afirma María Eleonora Cano⁶², no se debe: “caer en la hipocresía de convalidar tácitamente esta práctica si la madre portadora renuncia al niño y éste es otorgado en adopción al matrimonio comitente”⁶³.

Por todo lo anterior, el principal problema que suscita esta práctica en nuestro ordenamiento reside en la determinación de la filiación respecto del niño nacido. Ha quedado claro que tal práctica está prohibida en España y no puede llevarse a cabo en nuestro Estado, pero gracias a la globalización es posible hacer uso de esta técnica en lugares donde se ha legalizado, si bien la controversia surge cuando los niños nacidos de ella son traídos a nuestro país - donde no es legal - y se pretende convalidar la filiación respecto de los comitentes.

A este respecto, resulta necesario hablar de la Resolución de la Dirección General de Registros y de Notariado (en adelante DGRN) de 18 de febrero de 2009, estrechamente relacionada con el sistema de reconocimiento existente en el Derecho Internacional Privado, como se verá más adelante. Tal resolución constituye la primera decisión adoptada en cuanto a la controvertida cuestión de la gestación por sustitución y supuso la admisión de la pretensión de filiación un matrimonio homosexual formado por dos españoles.

A través de un convenio de gestación por sustitución, en California ⁶⁴, una mujer portadora fue inseminada por el material genético de uno de ellos, siendo el óvulo a su

⁶¹ Normalmente, los autores que defienden la posibilidad de adoptar al niño, aunque la maternidad se inscriba a favor de la madre portadora, ponen énfasis en la necesidad de salvaguardar los intereses del nacido, ya que de este modo una mujer que desea ser madre de un niño que ha sido gestado por una mujer que no quiere desempeñar la función de madre en todos los sentidos, puede ser legalmente hijo de la primera mediante la figura de la adopción. Véase Vidal Martínez, J. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*, Civitas, Madrid, 1988, p. 163. También comparte esta postura el Doctor en Derecho Francisco Lledó Yagüe, F., en “*Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*”, op. cit., pág. 1 y ss.

⁶² Cano, M. ^a. E., “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada” (disponible en: <http://revistapersona.com.ar/cano.htm>; última consulta 12/03/2018)

⁶³ Vid. Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 48-49.

⁶⁴ La maternidad subrogada está permitida en el Estado de California, si bien estos contratos no están expresamente admitidos en la Ley, siendo la jurisprudencia quien permite la realización de tal práctica, pues una vez que la mujer portadora firma el contrato de gestación por sustitución, los intereses de los comitentes se priorizan en detrimento de los de la gestante. Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., pp. 185-192.

vez de otra mujer (donante) y dando a luz a dos niños⁶⁵. Ambos varones constaban en el Registro Civil de California como padres naturales de los niños, hecho que llevó al encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles a rechazar la inscripción de la filiación, pues la maternidad subrogada es una práctica prohibida en nuestro país, y sólo sería posible para una pareja homosexual que la filiación se estableciese legalmente a favor de uno - el que aportó el material genético -, mientras que el otro debería proceder a la adopción⁶⁶. La negativa se comunicó mediante un Auto el 10 de noviembre de 2008, y se fundamentó en diferentes preceptos de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁶⁷. A falta de conformidad con el Auto, los comitentes decidieron interponer un recurso ante la DGRN, pues consideraban que ambos eran padres “naturales” de los niños y que la adopción era un proceso muy largo para hacer valer unos derechos que ya ostentaban. A este respecto, la DGRN consideró que, en ese tipo de casos, lo único que le competía hacer era un control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras, comprobando que se tratase de un documento, que se hubiera autorizado por autoridad extranjera y que se hubiera expedido certificación por una autoridad registral con funciones equivalentes a las de las autoridades españolas⁶⁸. Esto es, estamos ante una relación jurídica internacional y entran en juego las reglas del Derecho Internacional Privado español, que se explicarán en el punto 4.2 de este trabajo. Para entender esto, conviene acudir a los siguientes artículos del Reglamento del Registro Civil (RRC)⁶⁹: artículo 81: *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”* y artículo 85: *“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a*

⁶⁵ Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 1, n.º 2., 2009, pp. 294-319.

⁶⁶ Véase el artículo 108 del CC mencionado ut supra, que indica que la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la natural.

⁶⁷ Concretamente, en los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

⁶⁸ Vela Sánchez, A. J., “La maternidad subrogada”, op. cit., pp. 49-50.

⁶⁹ Reglamento del Registro Civil. BOE número 296, de 11 de diciembre de 1958.

ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad”. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”.

Así, cumpliendo la certificación californiana con los requisitos de legalidad exigidos por el ordenamiento, y ante la necesidad de proteger el interés superior de los menores, la DGRN ordenó la inscripción de la filiación de los niños a favor de los varones en el Registro Civil (RC) español de forma idéntica a la que constaba en el RC de California, pues no vulneraba el orden público internacional español⁷⁰, siendo perfectamente lícito que un matrimonio de dos hombres pudiera obtener la filiación. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho a dos mujeres (artículo 7.3 de la Ley 14/2006⁷¹) y su negativa a dos hombres, hubiera supuesto un acto de discriminación. Todo esto, sumado a la necesidad de protección de los menores⁷², llevó a considerar que debía admitirse la inscripción de la filiación por no ser contraria al artículo 10 LTRHA ya que lo que se estaba haciendo era facilitar el acceso al registro de una filiación ya determinada, de modo que se procedió a la realización de la misma el 18 de febrero de 2009.

Sin embargo, la inscripción fue recurrida por el Ministerio Fiscal, admitiéndose a trámite el recurso por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010⁷³ estimó íntegramente la demanda y dejó sin efecto la inscripción realizada por la DGRN, basándose en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil⁷⁴ (de mayor rango normativo que el RRC⁷⁵). Este artículo exigía lo siguiente para poder llevar a cabo una inscripción:

(i) “que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”.

⁷⁰ La importancia del orden público internacional se verá con mayor detalle en el siguiente apartado.

⁷¹ Art. 7.3 TRHA: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

⁷² El hecho de no permitir tal inscripción fue entendido por la DGRN como una vulneración de los derechos del niño, pues los menores tienen el derecho fundamental al reconocimiento de la identidad (artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño). La negativa habría supuesto una vulneración del artículo 3 CDN.

⁷³ Sentencia núm. 193/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Proc. 188/2010 (disponible en: <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-primera-instancia-inscripción-maternidad-subrogada.pdf>; última consulta 6/04/2018).

⁷⁴ Ley del Registro Civil. BOE número 151, de 10 de junio de 1957.

⁷⁵ La DGRN se apoyó para fundamentar la inscripción en los artículos 81 y 85 de este Reglamento.

(ii) que “es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la ley 14/2006... (sin que exista) duda de que la ley 14/2006 es una ley española y por lo tanto el encargado de registro viene compelido por este artículo 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y por lo tanto para resolver esta cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma”.

Como existía un convenio de gestación por sustitución ⁷⁶, automáticamente era aplicable el artículo 10 de la LTRHA, derivándose del mismo la nulidad del contrato y, por tanto, la ineficacia de la inscripción, pues la prohibición de la maternidad subrogada en España y el reconocimiento de la máxima de *mater semper certa est* implica que únicamente puede inscribirse la filiación en favor de la madre gestante, fundamentándose el impedimento al acceso al registro de una inscripción de estas características. No obstante, la sentencia abre la puerta a la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación de paternidad a aquél de los varones que aportare el material genético (de conformidad con el artículo 10, 3.º LTRHA) y, si la madre renunciara a sus derechos⁷⁷, podría el otro comitente adquirir la filiación⁷⁸ a través de los cauces de la adopción sin necesidad de aportar la declaración de idoneidad establecida por el artículo 176 CC⁷⁹.

Pese a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, la DGRN se reafirmó en su posición a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁸⁰. A través de ésta, se da una solución para aquellos casos en los que, a través de un convenio de gestación subrogada, nace un niño, quedando su filiación determinada respecto de, como mínimo, un ciudadano español. No obstante, será necesario para que pueda acceder al RC español la filiación, una resolución judicial extranjera que manifieste fehacientemente que uno de los progenitores es natural de España. El fundamento no es otro que salvaguardar el interés del menor, evitando que quede en una situación de inseguridad

⁷⁶ Jiménez Martínez, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, pp. 365-381.

⁷⁷ Véase el artículo 177, 2.º, 3.º CC. La renuncia deberá realizarse pasados treinta días desde el parto.

⁷⁸ Como se ha dicho, es requisito indispensable que la madre gestante renuncie a sus derechos, pues de lo contrario sería imposible que el comitente que no hubiere prestado el material genético pudiera adoptar al niño. Esta posibilidad de obtener la filiación a través de la adopción una vez la madre portadora renuncia a sus derechos, es considerada por numerosos autores como un fraude a la ley española, pues se está autorizando en último término la realización de una práctica prohibida por ley. Así, todos los efectos del contrato de gestación subrogada son finalmente conseguidos por los comitentes, significando simplemente que la necesidad de llevar a cabo la adopción dilata la consecución del resultado.

⁷⁹ Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 51-55.

⁸⁰ Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. BOE número 243, de 7 de octubre de 2010.

jurídica. Así, se establecen unos criterios con base en los cuales es posible que una filiación determinada en el extranjero, con origen en un contrato de maternidad subrogada, acceda al RC español:

(i) En primer lugar, como se ha indicado, será necesario que al menos uno de los progenitores sea español. Esto hará posible reconocer, a efectos registrales, el nacimiento del niño. En este sentido, será preceptiva la presentación ante el encargado del RC de la resolución judicial extranjera, dictada por una autoridad competente⁸¹. Con este trámite, se pretende verificar que la técnica de reproducción asistida empleada para engendrar al niño cumple con todos los requisitos legales exigidos en aquel país en el que es lícitamente llevada a cabo. Esto es, la capacidad jurídica de la gestante, su voluntad y la eficacia jurídica de su consentimiento, entre otras, para proteger al menor. Esta función de verificación aparece recogida en la Exposición de Motivos de la Instrucción:

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de la perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante...⁸²

(ii) En ningún caso podrá acceder al Registro una inscripción que tenga como finalidad conferir la apariencia de legalidad a un supuesto de tráfico internacional de menores.

(iii) Será necesario, en aras del interés y derechos del menor, posibilitar que éste tenga conocimiento de sus orígenes biológicos⁸³.

Con base en esta Instrucción, numerosos niños nacidos mediante el empleo de esta TRHA han sido inscritos en el RC, lo que supone que, si bien existe una prohibición para llevarla a cabo en nuestro ordenamiento, podría ser el primer paso para lograr su legalización⁸⁴.

Por otro lado, es necesario hacer referencia (por ser del Alto Tribunal) a la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014⁸⁵, que resolvía el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de

⁸¹ La existencia de una resolución judicial extranjera concuerda con lo establecido por el artículo 10, 3.º LTRHA, pues autoriza al padre biológico a ejercitar una acción de reclamación de filiación paterna respecto de su hijo, indicando que tal acción se encuentra regulada en los artículos 764 y siguientes de la LEC, denominándose “acciones generales de determinación legal de la filiación”.

⁸² Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., p. 55.

⁸³ En consonancia con lo establecido en el artículo 7.1 de la CDN de 20 de noviembre de 1989.

⁸⁴ Vid. Lamm, E., “Gestación por sustitución”, op. cit., pp. 93-95, en p. 94.

⁸⁵ Sentencia núm. 247/2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014. Id. Cendoj. 28079119912014100001

noviembre de 2011⁸⁶ (que estimaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, mencionada *ut supra*, la cual denegaba la filiación a favor de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución, por ser este nulo de pleno derecho y corresponder, por tanto, tal filiación a la mujer que dio a luz).

El motivo de casación fue la vulneración del artículo 14 CE, que consagra el principio de igualdad. Así, los recurrentes alegaban que denegar la filiación de dos niños nacidos en California a favor de dos varones, supondría un motivo de discriminación, además de vulnerar el interés del menor.

El Tribunal Supremo se pronunció alegando que no podía aplicarse simplemente el artículo 10 de la Ley 14/2006 para resolver la controversia, ni tampoco el art. 9.4 CC (mencionado *ut supra*). El único requisito exigible para que la inscripción de la filiación accediese al RC español era la no vulneración del orden público español con la certificación registral extranjera. Como en el caso concreto se consideró que sí existía tal vulneración, la resolución registral extranjera que determinaba la filiación conforme al Derecho extranjero no podía producir efectos jurídicos en España y, por tanto, no podía acceder al RC español⁸⁷.

4.2. Problemática en Derecho Internacional Privado español

Como se ha visto en el apartado anterior, España se encuentra dentro del grupo de países cuya postura ante la figura de la gestación por sustitución es la prohibición. En este sentido, puede considerarse un país “de origen” de la GpS, pues el hecho de que no se admitan este tipo de convenios lleva a las personas que deseen hacer uso de esta técnica a recurrir a ella en otros países – los de destino – en los que sí es legal.

El principal problema en torno a esta cuestión se da en materia de Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr), pues la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico español es ambigua.

⁸⁶ Sentencia núm. 949/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. Id Cendoj: 46250370102011100707.

⁸⁷ Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California”, pp. 396 a 409 (disponible en: http://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California); última consulta 22/03/2018).

A lo largo de este trabajo ha quedado de manifiesto que los Estados poseen legislaciones muy diversas en relación con las TRHA y, concretamente, con la gestación por sustitución. Esto lleva, inevitablemente, a que el recurso a este medio alcance un ámbito internacional. S. Mortazavi⁸⁸ indica que la GpS es una práctica casi siempre internacional, que obliga a que ciudadanos de países con posturas más restrictivas acudan a otros Estados con una legislación más abierta para poder hacer uso de esta forma de reproducción.

En este contexto, para abordar la GpS internacional deberían analizarse las normas de Derecho Internacional Privado y no las de Derecho Civil español, ya que estamos ante casos que cuentan con un elemento extranjero⁸⁹ y, por tanto, deben resolverse conforme a las normas privadas internacionales aplicables en España, ya sean éstas de derecho de la UE o de derecho español.

Así, el denominado *Fertility Tourism* o *Cross-border reproductive care* (CBRC) es un fenómeno a través del cual los residentes de países en los que se prohíbe la maternidad subrogada acuden a otro para llevarla a cabo y una vez nacido el niño (considerado por el país extranjero como hijo de los comitentes, existiendo una documentación oficial, judicial o registral que así lo acredita) vuelven a su país de origen. Para analizar este fenómeno es necesario ajustarse a los valores, normas y principios del Derecho Internacional Privado⁹⁰.

El problema es que en nuestro país no contamos con una Ley que regule cómo ha de reconocerse en el ordenamiento jurídico español la GpS llevada a cabo en otro Estado en el que es una práctica lícita, sino que el reconocimiento de las certificaciones extranjeras que determinan la filiación respecto de los comitentes es regulado por las Instrucciones y

⁸⁸ Mortazavi, S., “It takes a village to make a child. Creating a guidelines or international surrogacy”, *The Georgetown Law Journal*, 2012, pp. 2250-2290 (disponible en: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>; última consulta 23/02/2018).

⁸⁹ Esto es, una situación o relación jurídica creada fuera del ordenamiento interno español, en el extranjero.

⁹⁰ Collins, J., “Cross-border reproductive care: now and into the future”, *Fertility and Sterility*, 2010, vol. 94, pp. 25-26.

Fulchiron, H., “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 563588, esp. p. 589.;

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2., pp. 46-50 (disponible en: [https://e-
revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/2780/1558](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/2780/1558); última consulta 24/02/2018).

Decisiones de la DGRN, esto es, un conjunto de normas de rango reglamentario, no de ley, lo que da lugar a la existencia de inseguridad jurídica.

En este sentido, la DGRN manifiesta que las autoridades registrales españolas deben abstenerse de utilizar las normas de conflicto españolas, así como la Ley sustantiva designada por las mismas para decidir si las decisiones de filiación contenidas en las certificaciones extranjeras pueden o no acceder al Registro civil español, pues la controversia no versa en torno al Derecho que procede aplicar, sino a la comprobación de la validez de las certificaciones extranjeras en España. Así, habrá de analizarse si cabe o no el reconocimiento de decisiones internacionales, esto es, si se otorga o no validez y efectos jurídicos a la decisión de las autoridades extranjeras⁹¹.

Distinto es el caso de determinación de la filiación cuando existe una situación privada internacional y es necesario determinar la Ley aplicable. Si estas situaciones se plantean ante las autoridades españolas por primera vez, entonces sí será aplicable la norma de conflicto de nuestro ordenamiento. Concretamente, en el caso de que estemos ante el supuesto de inscripción (sin que haya una previa) en nuestro Registro civil, de un niño español (por serlo sus padres) nacido en el extranjero, será aplicable el artículo 9.4 CC⁹² y, por tanto, la ley material española.

La Ley 20/2011 de Registro Civil⁹³ introdujo en el título X las normas de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, no se hizo referencia en ella a la gestación por sustitución. De haberse regulado, las Instrucciones de la DGRN dejarían de aplicarse, pues se daría un conflicto de regulaciones que debería resolverse en favor de la norma

⁹¹ RDGRN 18 de febrero 2009. FD II *in fine*: “Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas de conflicto sustantivas españolas que determinan la filiación”. “Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009” (disponible en: <http://www.asesoriayempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>; última consulta: 04/04/2018).

⁹² 9.4 CC: “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5”.

⁹³ Registro Civil español. BOE número 175, del 21 de julio de 2011.

con rango de ley y en detrimento de la de rango inferior, por lo menos en cuanto a aquellas disposiciones contrarias a lo establecido por la nueva Ley de Registro Civil⁹⁴.

Lo que ocurre es que, el artículo 98 de esta Ley⁹⁵ versa sobre la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, de modo que, aunque no lo manifieste expresamente, estaría dando cabida a la GpS internacional. Sin embargo, determinados autores⁹⁶ consideran que habría de ponerse en relación con el orden público español, contenido en el artículo 96.2.d) de la misma Ley. En este sentido, no es clara la compatibilidad de la GpS internacional con el orden público español, lo que dejaría una puerta abierta a la aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006 de TRHA, que prohíbe la maternidad subrogada⁹⁷.

La postura del Tribunal Supremo frente a esta cuestión es clara: las resoluciones extranjeras que determinan la filiación en favor de los comitentes suponen una vulneración del orden público internacional español⁹⁸, lo que impide que las mismas produzcan efectos jurídicos y, consecuentemente, supone la improcedencia de su acceso al Registro Civil español. Esto se alega por diversas razones: supone el tratamiento de la mujer gestante y de los niños como objetos de comercio, cuando en el Código Civil se encuentran dentro de las *res extra commercium*; hace de la GpS una práctica

⁹⁴ Vid. Lamm, E., “Gestación por sustitución”, op. cit., pp. 99-101, en p. 99.

⁹⁵ Ley del Registro Civil. BOE número 151, de 10 de junio de 1957. Artículo 98 LRC: “1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”.

⁹⁶ Art. 96.2.d) LRC: “La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.”

⁹⁷ Farnós Amorós, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, *International Family Law*, marzo de 2013, pp. 68-72, p. 71. Extraído de Lamm, E., “Gestación por sustitución”, op. cit., p. 100.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, FD 3.1 *in fine*: “La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”. Sentencia núm. 247/2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Id. Cendoj. 28079119912014100001.

discriminatoria, pues su elevado coste sólo permite a los más ricos acceder a ella y supone un fraude, ya que se pretende vulnerar el Derecho material imperativo español mediante una filiación acreditada fuera de España⁹⁹.

No obstante, el Alto Tribunal deja una puerta abierta a la inscripción, puesto que el voto particular del magistrado Seijas Quintana, al que se adhirieron los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol en la mencionada sentencia, afirma que, a pesar de que cualquier contrato de GpS es nulo de pleno derecho (tanto nacional como internacional) y, por tanto, contrario al orden público, éste ha de ser valorado caso por caso en relación con el interés superior del menor y no preventivamente.

4.3. Propuesta de *lege ferenda*.

El análisis que se ha ido realizando a lo largo de este trabajo ha puesto de manifiesto dos realidades que resultan contradictorias en el marco jurídico español:

(i) La prohibición de la maternidad subrogada.

(ii) La posibilidad de inscribir en el RC español niños nacidos mediante el empleo de esta técnica, si bien fuera de España, donde sea legal y cumpliéndose determinados requisitos.

No puede obviarse que, a nivel internacional, la GpS es una práctica a la que se recurre asiduamente. Este hecho, unido a la posibilidad de realizar la inscripción de la filiación en España a favor de los comitentes (en determinados casos) de niños gestados por una madre subrogada parece evidenciar - por lo menos para algunos autores¹⁰⁰ - la necesidad de que tal técnica sea regulada por el legislador, evitando así el surgimiento de irregularidades en la misma¹⁰¹. A este respecto, Lamm¹⁰² considera que:

⁹⁹ Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, op. cit., p. 30

¹⁰⁰ Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., pp. 101-102; Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 68-131.

¹⁰¹ Igareda González afirma que: “*el Derecho no puede obviar la realidad cada vez más creciente de parejas españolas que viajan a otros países donde la gestación por sustitución está permitida*”. En Igareda González, N., “La inmutabilidad del principio ‘*mater semper certa est*’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015, pp. 16-17.

¹⁰² Lamm, E., “*Gestación por sustitución*”, op. cit., p. 221.

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la GS y resuelva los problemas que ocasiona.

En la misma línea, autores como Vela Sánchez defienden la necesidad de promulgar una Ley que regule el convenio de GpS. En concreto, este autor hace una propuesta de regulación y de modificación legislativa para adaptar esta modalidad de reproducción asistida al ordenamiento jurídico español¹⁰³.

Por otro lado, Camacho afirma que la controversia surgida en torno a la maternidad subrogada no debe abordarse desde el punto de vista de la propia práctica, sino que el verdadero problema radica en la ausencia de una regulación que haga posible que la misma sea controlada, que se realice mediante el establecimiento de unos criterios que permitan acoger los intereses de todos los involucrados, esto es: los comitentes, la gestante y el propio niño que nacerá del convenio de GpS¹⁰⁴.

Coincidente con esta postura, la formación política “Ciudadanos” presentó un proyecto¹⁰⁵ de ley para legalizar esta práctica. Sus pretensiones eran las de convertir la maternidad subrogada en un método de gestación libre, legal y altruista, exigiéndose una serie de requisitos similares a los establecidos en la regulación canadiense. Así, las mujeres que, cumpliendo con los requisitos que se detallarán a continuación, decidiesen gestar el niño de otra pareja, podrían hacerlo siempre que fuese de manera desinteresada. Las exigencias serían las siguientes: (i) Ser mujer española o residir legalmente en nuestro país, (ii) mayor de veinticinco años, (iii) haber parido al menos un niño sano con anterioridad, (iv) carecer de antecedentes penales, gozar de un buen estado de salud y no consumir alcohol ni drogas, (v) encontrarse en una situación socioeconómica estable y, (vi) no haber llevado a cabo la gestación por sustitución con anterioridad.

Por otra parte, pese al carácter altruista, los comitentes deberían proporcionar a la mujer las condiciones adecuadas durante el embarazo y con posterioridad al mismo, asumiendo los gastos económicos derivados de su estado y los desplazamientos laborales. También

¹⁰³ Tal propuesta de regulación puede observarse en Vela Sánchez, A. J., “*La maternidad subrogada*”, op. cit., pp. 127-131.

¹⁰⁴ Camacho, J. M., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, (disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; última consulta 18/03/2018).

¹⁰⁵ Mateo, J. J., “Ciudadanos quiere que la gestación subrogada sea altruista y solo para mayores de 25 años”, *El País*, 28 de junio de 2017, (disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498547026_594714.html; última consulta 11/04/2018).

a ellos les serían exigibles una serie de requisitos: (i) Ser españoles o residir legalmente en España, (ii) ser mayores de 25 años y menores de 45, (iii) acreditar la capacidad y aptitudes necesarias para enfrentarse a este proceso, (iv) haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción asistida y, (vi) no tener una relación de parentesco con la madre gestante (es decir, una mujer no podrá gestar el bebé de su hermana o su hija).

Para ello, se propone la creación de un “Registro Nacional de gestación por Subrogación”, que estaría adscrito al Registro Nacional de Donantes. En él ser harían constar las mujeres gestantes, los comitentes, y los convenios de GpS suscritos.

Optar por la postura de estos autores y de Ciudadanos supondría legalizar la maternidad subrogada, lo que llevaría necesariamente a una modificación de la legislación en Derecho material, atendiendo al orden público y al interés superior de los menores. No obstante, también cabría la posibilidad de solucionar el problema sin llevar a cabo una modificación material, atendiendo únicamente a la solución contemplada en el ámbito de DIPr. Así, podría optarse por el no reconocimiento de la GpS internacional, priorizando el deber de respetar el orden público español (art. 96.2.d) de la Ley 20/2011 de Registro Civil), o por poner el acento en el interés superior del menor y aceptar tal reconocimiento¹⁰⁶.

Por otro lado, los detractores férreos de la maternidad subrogada consideran que la solución es regular la prohibición de la misma de manera exhaustiva. De esta forma se evitaría la proliferación de situaciones de conflicto entre el Derecho material interno y el DIPr que dan lugar a inseguridad jurídica.

En esta línea, el Grupo Parlamentario Mixto presentó ante la Mesa de la Comisión de Igualdad, con fecha quince de septiembre de dos mil dieciséis, una Proposición no de Ley relativa a los contratos de maternidad subrogada¹⁰⁷. En la exposición de motivos, se ponían de relieve las razones que llevaban a defender el mantenimiento de la prohibición

¹⁰⁶ Álvarez González considera que el no reconocimiento podría llevar a una discriminación del niño por el modo de concepción. Álvarez González, S., en “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, Forner i Delaygua, J. J., González Beilfuss, C., Viñas Farré, R., (coords), en *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, 2013, pp. 77-90, (disponible en: https://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiación_derivada_de_gestación_por_sustitución; última consulta 18/03/2018).

¹⁰⁷ BOCG (Boletín Oficial de las Cortes Generales). Congreso de los Diputados, serie D, núm. 14, de 15/09/2016 Comisión de Igualdad 161/000114.

de esta práctica en España, entre ellas: la cosificación y esclavitud de la mujer, el tráfico encubierto de menores y la vulneración de la dignidad de ambos, encontrando todas ellas apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y en el auto de 2 de febrero de 2015. Así manifestaban:

El Congreso de los Diputados ratifica su voluntad de mantener la prohibición de la maternidad subrogada recogida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, e, igualmente de profundizar en la defensa de los derechos de las mujeres, llevando a cabo unas políticas activas que dignifiquen la maternidad, en especial, protegiendo a las mujeres frente a la cosificación a que esta práctica las condena.

5. CONCLUSIONES

Tras el desarrollo de este trabajo, interesaría dar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿es necesaria una regulación permisiva de la gestación por sustitución en España?

La respuesta, desde mi punto de vista, podría ser tanto afirmativa como negativa.

A mi juicio, son argumentos por la postura positiva los siguientes:

- La GpS es una realidad social, de modo que su prohibición en España no impide su realización en otros países. Promulgar una regulación permisiva evitaría el *forum shopping* reproductivo que da lugar a una discriminación en función del nivel económico.
- A pesar de la prohibición actual, esta figura tiene cabida en nuestro ordenamiento de manera indirecta, pues son numerosos los casos en los que las inscripciones de filiación derivadas de esta práctica acceden a nuestro RC, de modo que carece de sentido que tal práctica no pueda llevarse a cabo en nuestro país, pero se reconozca en numerosos casos con base en las normas de reconocimiento de DIPr¹⁰⁸. Por ello sería coherente regularizar la situación para evitar escenarios de inseguridad jurídica y desigualdad entre unos supuestos y otros. Con base en este argumento, podría justificarse la necesidad de llevar a cabo una modificación de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 4/2006).

¹⁰⁸ Álvarez González, S., afirma que: “*En esta materia, no se puede sostener una incoherencia valorativa tan evidente como seguir negando la maternidad subrogada en un plano interno y admitirla cuando nos viene de fuera*”. Afirmación extraída del libro de Pellisé de Urquiza, C., *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-74.

- La sociedad es una variable cambiante, que se adapta a los nuevos tiempos y avances tecnológicos, y así debe proceder el Derecho, pues las normas han de aplicarse en consonancia con la realidad social. En este sentido, el ordenamiento jurídico español no ofrece una respuesta global y unificada respecto a los casos de maternidad subrogada. Para evitar esta ambigüedad, procedería la legalización de esta TRHA, encontrando justificación en la protección de los menores (evitando una discriminación por razón de su origen) y en la de los comitentes (que en ocasiones sufren discriminación cuando son sujetos que conforman una pareja homosexual, especialmente cuando se trata de dos hombres).

- La reforma de la LTRHA puede apoyarse en dos figuras acogidas por nuestro ordenamiento, si bien estaríamos hablando de una GpS gratuita (pues de lo contrario sería fácil considerar que se está comerciando con el cuerpo o las personas, hecho prohibido por el ordenamiento jurídico por tratarse de *res extra commercium*) y no genética (esto es, que el niño gestado no llevara el material genético de la gestante, sino que esta únicamente portase en su útero un embrión con distinta carga genética a la suya) para darle cabida:

(i) La adopción. La mujer decide libremente, tras haber gestado y parido a su hijo (que en este caso sí lleva su material genético), renunciar a sus derechos como madre en favor de otra mujer, hecho que no distaría mucho del realizado por una gestante en GpS de manera altruista, quien sería libre de decidir sobre su capacidad para gestar (de lo contrario podría alegarse que se atenta contra su dignidad por considerar que tiene principalmente una función reproductiva) y además no tendría un vínculo biológico con el niño.

(ii) La donación de órganos. Las mujeres donantes pueden libremente prestar su consentimiento, pese a tener esta práctica un efecto perjudicial en el cuerpo, de modo que sería compatible con la posibilidad de las mujeres gestantes de decidir libremente si desean o no arriesgarse a sufrir un impacto negativo derivado de una GpS (que es más difícil de alegar en tanto en cuanto no hay vínculo genético).

Por esto, no sería tan incoherente la idea de admitir en nuestro ordenamiento la maternidad subrogada, desarrollando un marco normativo que establezca con certeza una serie de derechos y obligaciones, permitiendo a quien lo desee acceder a esta práctica con total seguridad jurídica y evitando situaciones dispares en el ámbito internacional, que lleva a que inevitablemente se produzca un turismo reproductivo.

Por otro lado, y a mi parecer, son argumentos por la postura negativa los siguientes:

- La prohibición actual se fundamenta en la indisponibilidad del estado de las personas, principio fundamental que en ningún caso puede vulnerarse. De lo contrario, se iría contra lo establecido en el CC español y se cosificaría a los niños, dándoles un tratamiento equivalente al de mercancías susceptibles de transacción y sujetos a un precio determinado.

- Promulgar una regulación permisiva de esta práctica atentaría contra la dignidad de las mujeres, perjudicando de este modo los intereses de las gestantes al considerar que son meros instrumentos para la procreación. Asimismo, el hecho de que pudiesen comerciar con su función reproductiva iría contra el principio de indisponibilidad de estado de las personas, haciendo posible que mercantilizasen una parte de sus cuerpos (algo parecido a lo que ocurre con la venta de órganos, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico). Si se admite que estas alquilen su útero a cambio de precio, no tiene sentido que se prohíba la prostitución, que paralelamente supone el alquiler de otra parte de sus cuerpos. Además, podría darse una banalización de la maternidad, pues si se formalizan contratos que tengan por objeto engendrar un niño sano, sería posible que, en los supuestos de malformaciones y enfermedades, la gestante tuviera que deshacerse del niño, hecho que por otro lado choca con la prohibición del aborto, y que significaría un desprecio a la vida humana, pudiendo además generarle problemas psicológicos a la mujer.

- La modificación de la LTRHA a favor de la legalización de la GpS conllevaría la necesidad de alterar la concepción de Derecho recogida en diferentes cuerpos normativos en los que se ha basado el *Civil Law* desde sus orígenes.

- El proceso de GpS supone la pérdida de numerosas vidas humanas, ya que es necesario que varios óvulos fecundados sean depositados en el útero de la gestante para que sólo uno consiga finalmente la implantación y alcance la fase de desarrollo.

Por todo esto, resultaría conveniente mantener la prohibición actual, si bien es cierto que habría de mantenerse a todos sus efectos, evitando el acceso a nuestro ordenamiento jurídico de las situaciones producidas en el extranjero.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) Legislación

- BOCG (Boletín Oficial de las Cortes Generales). Congreso de los Diputados, serie D, núm. 14, de 15/09/2016 Comisión de Igualdad 161/000114.
- Constitución española de 31 de octubre de 1978. BOE número 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Código Civil español. BOE número 206, de 25 de julio de 1889.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. BOE número 243, de 7 de octubre de 2010.
- Ley del Registro Civil. BOE número 151, de 10 de junio de 1957.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. BOE número 126, de 27 de mayo de 2006.
- Reglamento del Registro Civil. BOE número 296, de 11 de diciembre de 1958.
- Registro Civil español. BOE número 175, del 21 de julio de 2011.

2) Jurisprudencia

- Sentencia núm. 193/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Proc. 188/2010 (disponible en: <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-primera-instancia-inscripción-maternidad-subrogada.pdf>; última consulta 6/04/2018).
- Sentencia núm. 949/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. Id Cendoj: 46250370102011100707.
- Sentencia núm. 247/2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Id. Cendoj. 28079119912014100001.

3) Obras doctrinales

- Álvarez González, S., en “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, Forner i Delaygua, J. J., González Beilfuss, C., Viñas Farré, R., (coords), en *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, 2013, pp. 77-90, (disponible en: https://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiación_derivada_de_gestación_por_sustitución; última consulta 18/03/2018).
- Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., King, D., Marzo, C., Mccandless, J. A., “Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States”. *Unión Europea*, 2013, pp. 1-17 (disponible en:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf); última consulta: 5/04/2018).

- Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2., pp. 46-50 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/2780/1558>; última consulta 24/02/2018).

- Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California”, pp. 396 a 409 (disponible en: http://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California); última consulta 22/03/2018).

- Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2., 2009, pp. 294-319.

- Camacho, J. M., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, (disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; última consulta 18/03/2018).

- Cano, M.ª E., “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada” (disponible en: <http://revistapersona.com.ar/cano.htm>; última consulta 12/03/2018).

- Carcaba Fernández, M. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 1 y ss.

- Coleman, P., “Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions”. *Temes-see law review*, 50, 1982, pp. 71-118.

- Collins, J., “Cross-border reproductive care: now and into the future”, *Fertility and Sterility*, 2010, vol. 94, pp. 25-26.

- Díaz Romero, M.ª del R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, número 7527, 14 de diciembre de 2010, p. 1 y ss.

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

- Fulchiron, H., “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588.

- García Cantero, G., “Derecho, Procreación y Ética. La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida”, *Cuadernos de Bioética*, 1993, pp. 478-494 (disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/1999/3/39/478.pdf>; última consulta: 28/02/2018).
- “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)”, *Organización Mundial de la Salud*, 2010 (disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1; última consulta 23/03/2018)
- Igareda González, N., “La inmutabilidad del principio ‘*mater semper certa est*’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015, pp. 3-19.
- Jiménez Martínez, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, pp. 365-381.
- Lamm, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona Publicaciones y Ediciones, 2014, pp. 1 y ss.
- Lamm, E., “Gestación por Sustitución: realidad y Derecho”, en *Indret revistas para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 1-49. (disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf; última consulta: 18/02/2018)
- Lledó Yagüe, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 1 y ss.
- Lledó Yagüe, F., “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”, *La Ley*, 1985, 2, pp. 101 y ss.
- López y López, M. T., de Montalvo Jääskeläinen, F., Alonso Bedate, C., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., de los Reyes López, M., Fernández Muñoz, P. I., Jouve de la Barreda, N., López Moratalla, N., Nombela Cano, C., Romeo Casabona, C. M., Serrano Ruiz-Calderón, J. M., “Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada”, Bilbao, 2017, pp. 1-92. (disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf; última consulta 16/02/2018).
- López Peláez, P., “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (Madres de Alquiler) en el Derecho español”, Alventosa del Río, J., Moliner Navarro, R. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 661 y ss.
- Massager, N., “Gestation pour autrui”, en Hottois, G. y Missa, J. N. (Eds.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Boeck Université, Bruxelles, 2001, pp. 482 y ss.
- Mateo, J. J., “Ciudadanos quiere que la gestación subrogada sea altruista y solo para mayores de 25 años”, *El País*, 28 de junio de 2017, (disponible en:

https://politica.elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498547026_594714.html; última consulta 11/04/2018).

Mortazavi, S., “It takes a village to make a child. Creating a guidelines or international surrogacy”, *The Georgetown Law Journal*, 2012, pp. 2250-2290 (disponible en: <http://.georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>; última consulta 23/02/2018).

- Murphy, M., Jones, D., Hallam, Z., Martin, R., Hakin, R., Van Den Akker, O. B. A. “Infertility in focus: how far would you go?”. *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, núm. 20, 2002, p. 192.

- Pellisé de Urquiza, C., *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 1 y ss.

- Pérez Monge, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Perita iuris, Madrid, 2002, pp. 1 y ss.

- Purdy, L. M., “Another look at contract pregnancy”, Holmes, H. B. (Ed.), *Issues in reproductive technology: An anthology*, Garland Publishing, New York & London, 1992, pp. 309-311.

- “Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009” (disponible en: <http://www.asesoriayempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>; última consulta: 04/04/2018).

- Salas Carceller, A., “Sobre las relaciones entre la compañera de la madre biológica con el hijo de esta concebido por inseminación artificial”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (parte tribuna), núm. 10/2011, Pamplona, 2011, pp. 8-9.

- Silvia Ruiz, P. F., “Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente”, *BIMJ*, núm. 1503, 1988, pp. 38 y ss. (disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344065158?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1988_1503.pdf&blobheadervalue2=1288777293577; última consulta: 10/02/2018).

- Silva Ruiz, P. F., “Maternidad subrogada o de alquiler”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 827-848.

- Souto Galván, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho”, Foro, *Nueva época*, número 1/2005, pp. 275 y ss.

- Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pp. 1 y ss.

- Vidal Martínez, J. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*, Civitas, Madrid, 1988, p. 1 y ss.