



FACULTAD DE DERECHO

# DESAFÍOS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

**Autor:** Macarena Ángela Fesser de Rojas

5º E3 B

Derecho Constitucional

**Tutor:** Luis Ángel Méndez López

Madrid  
Abril 2018

**RESUMEN.** La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español se encuentra regulada en el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cual prevé la nulidad de pleno derecho de todos los contratos por los que se convenga esta práctica en España. Esta regulación ha sido objeto de controversia en los últimos años debido al aumento de casos de maternidad subrogada y a los problemas que han surgido con motivo del reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero. En este trabajo se han expuesto las principales claves del debate y se ha llevado a cabo un recorrido por las diferentes resoluciones doctrinales y jurisprudenciales existentes hasta el momento, realizando un profundo análisis del discurso argumentativo contenido en las mismas con el que diferentes organismos han tratado de dar solución al asunto. Por último, se han planteado cuatro posibles vías de regulación para España considerando desde la prohibición más restrictiva hasta la regulación plena de los contratos de maternidad subrogada. Todo ello rodeado por el marco internacional debido a la trascendencia del asunto debatido y los derechos fundamentales que entran en juego tales como la dignidad y el interés superior del menor, cuya protección es merecedora de cooperación internacional.

**Palabras Clave:** maternidad subrogada, vientres de alquiler, dignidad, interés superior del menor, filiación, turismo reproductivo

**ABSTRACT.** Surrogate pregnancy in the Spanish legal system is regulated in article 10 of the Spanish Law “*Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*” which establishes the nullity of all surrogacy arrangements made in Spain. This rule has been discussed in the last years due to an increase of surrogate pregnancy cases and the problem with the recognition of filiation of children born abroad through surrogate pregnancy. In this paper, we have exposed the main keys of the debate and we have assessed the different resolutions issued by national and international organisms that have tried to find a solution to the actual conflict. Finally, four possible ways of regulation have been analyzed considering from the most restrictive prohibition to the most permissive regulation. We have assessed the problem from an international approach due to the relevance of surrogacy pregnancy and the fundamental rights this practice involves such as dignity and the best interest of the child.

**Key Words:** surrogate pregnancy, bellies rental, dignity, best interest of the child, filiation, baby business

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>2. LA MATERNIDAD SUBROGADA.....</b>	<b>8</b>
2.1. CONCEPTO, TIPOLOGÍA Y CAUSAS .....	8
2.2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN.....	10
2.3. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN: CLAVES DEL DEBATE .....	12
<b>3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA.....</b>	<b>16</b>
3.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 14/2006 DE 26 DE MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA .....	16
3.2. RECORRIDO ANALÍTICO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.....	20
3.2.1. <i>Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009</i> .....	20
3.2.2. <i>Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia del 15 de septiembre de 2010</i> .....	22
3.2.3. <i>Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010</i> .....	23
3.2.4. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011</i> 25 .....	25
3.2.5. <i>Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014</i> .....	26
3.2.6. <i>Tribunal Europeo de los Derechos Humanos</i> .....	30
3.3. INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y PROPOSICIÓN DE LEY .....	32
<b>4. POSIBLES SOLUCIONES ANTE EL PANORAMA JURÍDICO EN ESPAÑA.....</b>	<b>33</b>
4.1. PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	33
4.2. CONTINUACIÓN DEL RÉGIMEN ACTUAL Y PROMOCIÓN DE UN DEBATE INTERNACIONAL .....	35
4.3. REFORMA DEL ARTÍCULO 10 LTRHA Y RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE LOS NIÑOS NACIDOS POR GESTACIÓN SUBROGADA EN EL EXTRANJERO .....	36
4.4. REGULACIÓN TOTAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	37
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>39</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>42</b>
<b>RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>44</b>
<b>RELACIÓN DE LEGISLACIÓN .....</b>	<b>45</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

CE	Constitución Española
CC	Código Civil
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
DIPr	Derecho Internacional Privado
FJ	Fundamento Jurídico
No.	número
p.	página
pp.	páginas
RC	Registro Civil
RRC	Reglamento del Registro Civil
ss.	siguientes
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnicas De Reproducción Humana Asistida
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

## 1. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada es un tema de gran complejidad sometido en la actualidad a un debate social, jurídico y ético. En este trabajo se tratará de abordar el tema desde una perspectiva puramente jurídica, analizando la situación actual en España, la jurisprudencia existente hasta el momento y las posibilidades de regulación, urgentes y necesarias, ante esta nueva práctica de reproducción asistida que es ya toda una realidad. Todo ello se apoyará en un profundo análisis del panorama internacional, dada la relevancia de las diferencias en términos de regulación y jurisprudencia sobre este fenómeno que ha traspasado las fronteras entre países.

La gestación subrogada, también conocida como gestación por sustitución o vientre de alquiler, es una realidad que se ha hecho posible gracias a los cambios y evoluciones en el campo de la ciencia y la tecnología. La ciencia avanza a pasos agigantados y es deber del Derecho acompañar estos avances para no quedarse atrás. El Derecho ha de ser hijo de su tiempo, sometido a constante cambio y vigilancia necesaria para la convivencia social, procurando el cumplimiento y el respeto de los derechos y deberes de todos. De esta manera, nuevas situaciones requieren tomar medidas, promulgar nuevas leyes o modificar existentes, así como decisiones de jueces ante hechos sobre los cuales nunca antes se habían pronunciado y que pueden suscitar la apertura de un debate político-social, además de poner en controversia ciertos valores ético-morales, como ocurre en el presente caso acerca de la gestación por sustitución<sup>1</sup>.

En relación con los problemas jurídicos que surgen con esta práctica, nos encontramos ante un enfrentamiento entre los derechos y libertades de la madre gestante, la libertad contractual, la autonomía de la voluntad, la dignidad, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la filiación y la protección del interés superior del niño. Por un lado, hay quienes defienden la licitud de esta técnica de reproducción apoyándose en la autonomía de la voluntad de la madre gestante y el derecho a la libertad contractual de las partes; defienden el interés de los comitentes en tener un hijo mediante un contrato gestacional, regulando legalmente la gestación subrogada de tal manera que los derechos y deberes de las partes, incluidos los del niño nacido, queden salvaguardados, otorgando así seguridad jurídica a tal situación dentro de un sistema jurídico. Por otro lado, algunos

---

<sup>1</sup> NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I., PIZARRO MORENO, E. “*El Interés Del Menor Y Los Supuestos De Discriminación En La Maternidad Subrogada, Entre La Realidad Jurídica Y La Ficción*” Derecho Privado y Constitución, No. 29, 2015, pp. 227-261.

se oponen a la licitud de esta práctica recalcando los límites de la libertad contractual en cuanto al objeto, estableciendo la imposibilidad de que el cuerpo humano pueda ser objeto de comercio y, por tanto, objeto del contrato de gestación por sustitución; defienden la nulidad del referido contrato. Además, su discurso se encuentra en sintonía con la defensa de derechos fundamentales como la dignidad de la mujer gestante y los derechos del niño, protegiendo sus intereses y derechos por encima de la libertad y los deseos de los comitentes en relación con su intención de ser padres.

Todo ello va unido a un inevitable planteamiento ético-moral sobre la gestación subrogada en el que se enfrentan la dignidad de la mujer y su autonomía personal; se cuestiona la cosificación del cuerpo humano al mercantilizar la capacidad reproductora poniéndola como objeto de una transacción; y se ponen en entredicho los daños potenciales, incluyendo los psíquicos y morales, que supone la maternidad subrogada tanto para la madre gestante que se desprende del hijo como para el niño nacido y su posterior desarrollo. El Comité de Bioética de España, en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada publicado en mayo de 2017, plantea la cuestión acerca de si es bueno o no para los niños ser resultado de la maternidad subrogada<sup>2</sup>. En otro sentido, también se valora la imposibilidad de aquellos que, teniendo el firme deseo de tener descendencia, son incapaces de tener hijos por causas variadas. Esto se une a la solidaridad de la otra parte interviniente, la madre gestante, quien ofrece su cuerpo en un acto de buena voluntad con carácter altruista. La intención y los intereses de las partes son clave en el discurso moral y entran en sintonía con las diferentes formas de regulación jurídica del conflicto. Este esquema de valores confrontados es necesario tenerlo presente en el marco jurídico con el fin de lograr una regulación equilibrada, asentada en unos mínimos éticos ineludibles en la concepción del orden público y la convivencia social.

En España, la gestación por sustitución se encuentra actualmente regulada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida (LTRHA), concretamente, en el artículo 10 el cual dispone la nulidad de pleno derecho del “*contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer*

---

<sup>2</sup> Comité de Bioética de España, *Informe sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*, Bilbao, 2017, p. 28 (disponible en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) última visita 15 de abril de 2018)

*que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*”<sup>3</sup>. La nulidad sobre los contratos de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico ha desencadenado diversos conflictos y levantado cierta polémica debido a la realidad social acerca de los casos cada vez más numerosos de madres gestantes y de niños nacidos a partir de esta técnica de reproducción asistida.

Uno de los principales problemas es la “fuga” de los ciudadanos españoles hacia otros ordenamientos jurídicos donde los contratos de vientres de alquiler sí son válidos, con el fin de cumplir sus deseos de ser padres. Esto ha suscitado la apertura de un debate doctrinal y jurisprudencial acerca del reconocimiento sobre la filiación del menor nacido a partir de esta técnica y su inscripción en el Registro Civil español<sup>4</sup>. Surge así una situación conflictiva acerca del derecho de filiación del niño que se convierte en una cuestión de Derecho Internacional Privado al traspasar los hechos las fronteras españolas y poner enfrentadas dos posturas opuestas, por un lado, la legalidad de la gestación por sustitución por parte de un ordenamiento jurídico extranjero y, por otro, la prohibición por parte del ordenamiento jurídico español. Esta cuestión ha sido objeto de sendas interpretaciones jurisprudenciales tanto a nivel interno como externo que serán objeto de estudio del presente trabajo con el fin de estudiar el panorama actual jurídico español.

Otro conflicto que surge de esta práctica se encuentra en los derechos de quienes figuran como padres del hijo nacido por gestación subrogada y su discutida comparación con las figuras de acogimiento y adopción en el sistema jurídico español, concretamente los derechos de conciliación laboral y otras prestaciones públicas.

Todos estos conflictos nos llevan a plantear la necesidad de reacción por parte del Estado, de dar respuesta y poner solución a la problemática tanto jurídica como ética que suscita la gestación subrogada. En este sentido, cabe destacar las cuestiones planteadas en sede parlamentaria acerca de la maternidad subrogada en España, así como la Proposición de Ley planteada ante el Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario Ciudadanos con el objeto de evitar conflictos sobre esta técnica de reproducción asistida y dar un trato legal a la maternidad subrogada, aportando así seguridad jurídica<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE de 27 de mayo de 2006).

<sup>4</sup> DAVID CARRIZO AGUADO “*Galimatías en torno a la maternidad subrogada en el derecho español.*” en de Carvalho Leal, V. (ed.), *El Derecho y sus Razones. Aportaciones de Jóvenes Investigadores*, Bubok, León, 2013, pp. 77-89.

<sup>5</sup> Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos (BOCG de 8 de septiembre de 2017).

En el ámbito internacional, existen diferentes niveles de regulación normativa sobre la gestación por sustitución ya que dicha técnica es aceptada por unos países y rechazada por otros. Así, nos encontramos con países que coinciden con la legislación española en la prohibición de la maternidad como Francia, Italia o Alemania; y otros como Reino Unido, Estados Unidos o Rusia donde es admitida. Esta confrontación de ordenamientos jurídicos con regulaciones dispares es lo que desencadena el conflicto acerca del reconocimiento de los efectos jurídicos de situaciones no permitidas en un Estado y sí permitidas en otro, todo ello agravado por el hecho de tratarse de una técnica que engloba derechos fundamentales protegidos lo cual convierte la confrontación de ordenamientos jurídicos en un conflicto de orden público.

Por todo lo expuesto, a expensas del controvertido debate que suscita la maternidad subrogada, muchos consideran necesario una revisión normativa ya que se ha convertido en una realidad eminente en el mundo y ya existen países en los que esta técnica de reproducción asistida ha sido instaurada y regulada, suponiendo el hecho de no regularla un desafío a los derechos y libertades de la sociedad abocado a la inseguridad jurídica. En conclusión, la necesidad de regulación de la maternidad subrogada implica que el legislador deba considerar las técnicas reproductoras, conozca la legislación comparada, la jurisprudencia y doctrina existente, y tenga presente los valores y principios de la bioética<sup>6</sup>.

## **2. LA MATERNIDAD SUBROGADA**

### **2.1. Concepto, tipología y causas**

La gestación por sustitución consiste en la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra u otras personas como resultado de un acuerdo previo a la concepción de que el niño debe ser entregado a esa o a esas personas después de nacer<sup>7</sup>. De esta forma, el pacto contractual entre la gestante y la persona a quien se le entrega el niño conlleva la renuncia a todos los derechos sobre el recién nacido a favor de esta última. Para Gómez Sánchez, “se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución

---

<sup>6</sup> MIRIAM MAGDALENA SANDERS BRULETTI. “*La elaboración de los proyectos de ley sobre la maternidad subrogada: ¿Necesidad?*”, Universidad de Flores, Buenos Aires, n.d. (visto en Ortega Esquembre, C., Richart Piqueras, A., Páramo Valero, V., Ruíz Rubio, C., “*El Mejoramiento Humano Avances, Investigaciones Y Reflexiones Éticas Y Políticas.*”, Editorial Domares, S.L., Universidad de Valencia, 2015, pp. 617-627.)

<sup>7</sup> BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S. “Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation” (Cm. 4068). Department of Health, Londres, 1998.

o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figura como madre de éste”<sup>8</sup>. Sin embargo, esta definición sólo contempla el supuesto de hecho en el que una mujer gesta a un niño a favor de otra mujer. La realidad es que las partes vinculadas por este tipo de contratos, celebrados en los países donde son lícitos, en general, pueden ser tanto parejas de hombres y mujeres como de homosexuales, al igual que madres o padres solteros. Más allá, también existen diferentes modalidades de llevar a cabo esta técnica de reproducción asistida en función de la aportación de gametos por parte de los comitentes, al igual que existen diferencias en el carácter altruista u oneroso según el acuerdo llevado a cabo entre las partes en el contrato de gestación por sustitución.

En cuanto a la tipología, nos encontramos ante la maternidad subrogada tradicional y la gestacional. En la primera, la madre gestante aporta el óvulo y el espermatozoide puede provenir bien del hombre comitente bien de un donante anónimo. En la maternidad gestacional son la madre y el padre comitentes quienes aportan su propio óvulo y espermatozoide respectivamente, de tal manera que la madre gestante no presenta ningún vínculo biológico con el bebé respecto del material genético<sup>9</sup>.

Otro aspecto relevante en el estudio de la maternidad subrogada es ahondar en los motivos y causas de esta práctica de reproducción a través de los cuales se justifica la realización de esta práctica. La principal causa de la gestación subrogada se encuentra en la esterilidad de aquellas personas incapaces de concebir un hijo unida a su deseo de ser padres. Otras causas se pueden encontrar en la imposibilidad de tener hijos de una pareja homosexual o incluso en razones como el propio embarazo y parto para la mujer que puede afectar a perspectivas personales y/o profesionales de ambos comitentes. También podría considerarse como otro de estos motivos las trabas que plantea un procedimiento de adopción.

Para Spar, las motivaciones de los comitentes se resumen en tres: el deseo de un niño relacionado genéticamente con ellos, la incapacidad de producirlo de forma natural y la voluntad y medios para lograr dicho objetivo<sup>10</sup>. Por otro lado, José López Guzmán, recalca la importancia de conocer las razones que sustentan que una mujer participe en

---

<sup>8</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.

<sup>9</sup> CORERA IZU, M., *Abandonados, apátridas y sin padres*, Diario La Ley, No. 8345, pp. 1- 15 (disponible en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), última visita 25 de marzo de 2018)

<sup>10</sup> SPAR, D. L., *The baby business. How money, science, and politics drive the commerce of conception*, Boston-Massachusetts: Harvard Business School Press, pp. 129-143.

un proceso de subrogación ya que éstas afectarían a la seguridad del niño, a los padres que alquilan el útero, a la portadora e incluso a la propia sociedad en su conjunto. Entre estas razones destaca el altruismo, el interés económico y la reparación psicológica. El altruismo es definido por la RAE como “diligencia de procurar el bien ajeno aún a costa del propio”, este sería uno de los principales fines perseguidos por la madre gestante. El interés económico, en contraposición al altruismo, se centra en la necesidad por parte de las madres gestantes de obtener una retribución recurriendo al alquiler de una parte de su propio cuerpo como es el vientre. La reparación sería el tercer motivo apuntado y, aunque no hay estudios que lo demuestren, se piensa que algunas motivaciones para llevar a cabo esta práctica pueden estar en experiencias pasadas de la mujer gestante como un aborto, divorcio o algún vacío legal. Además, el mismo autor añade una cuarta motivación consistente en el derecho a la autonomía personal; se debe respetar la autodeterminación y la libertad de decisión de las mujeres, si bien, ponderando siempre la protección de los bienes que están en juego<sup>11</sup>.

Así las cosas, el concepto de maternidad subrogada se resume de manera clara y completa en la definición de Pérez Monge:

Aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su ovulo, 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)<sup>12</sup>.

## **2.2. Antecedentes y evolución**

La gestación por sustitución y sus diferentes modalidades surgen gracias a los avances de la ciencia y la tecnología, los cuales han dado lugar a hechos que en otros tiempos se creían prácticamente inimaginables y mucho menos posibles tales como la fecundación de dos gametos fuera del cuerpo de la mujer o la inseminación de una mujer de manera artificial.

De esta manera, el primer caso de maternidad subrogada documentado tuvo lugar en 1976 en Estados Unidos el cual fue impulsado por el abogado Noel Keane, fundador en Michigan de la Surrogate Family Service Inc., conocida como la primera agencia de

---

<sup>11</sup> VAN ZYL, L., VAN NIEKERK, A., *Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood*. Journal of Medical Ethics Vol. 26, 2000, pp. 404 - 409.

<sup>12</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.

alquiler de vientres<sup>13</sup>. En 1984, de nuevo en Estados Unidos, se llevó a cabo el primer caso de maternidad subrogada gestacional, siendo la primera vez que una mujer daba a luz a un niño con el que no presenta ninguna relación genética. Desde entonces, han sido miles los niños nacidos por gestación subrogada en el mundo, principalmente procedentes de aquellos países donde dicha técnica de reproducción asistida está legalizada, a saber, entre otros, Estados Unidos, Canadá, México, Tailandia, Rusia, Ucrania o Reino Unido. Sin embargo, en la práctica existen diferencias entre los acuerdos de gestación subrogada llevados a cabo por la madre gestante y los comitentes en función del país en el que se encuentren ya que su licitud depende de la rigidez con la que cada ordenamiento jurídico regule la mencionada técnica de reproducción asistida. Es así como nos encontramos con países donde la gestación por sustitución está muy restringida a casos concretos y sujeta a requisitos como el obligatorio carácter altruista del contrato o las condiciones que ha de cumplir la mujer para ser madre gestante. Por otro lado, encontramos países donde existen mayores facilidades para desarrollar una gestación subrogada y donde las partes tienen mayor libertad en relación con los términos contractuales, admitiéndose incluso la negociación mercantil y el carácter lucrativo del contrato mediante el pago de un precio a la madre gestante. En este sentido, desaparece en cierta medida el componente de solidaridad, propia de los primeros casos que veíamos de maternidad subrogada, en el momento en el que pasa a convertirse en un verdadero contrato oneroso en el que se regulan y se salvaguardan los intereses de las partes. Se trata de distintas formas de regular la gestación por sustitución que dependerán del ordenamiento jurídico de cada Estado. Lo cierto es que esta técnica de reproducción asistida está ya extendida y es actualmente toda una realidad que se ha hecho posible por la capacidad intelectual del ser humano capaz de desarrollar nuevas técnicas de medicina reproductiva como es la gestación subrogada.

Si bien las TRHA surgieron en un principio para dar solución a problemas de infertilidad, con el paso del tiempo las mismas han supuesto una auténtica revolución en la procreación humana, siendo muchos los que recurren a las mismas persiguiendo su deseo de tener descendencia como los solteros u homosexuales. La proyección a futuro de la situación actual a nivel mundial sobre la práctica de la gestación subrogada es incierta debido a que es relativamente reciente y el cauce que siga dependerá en cierta

---

<sup>13</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la Problemática Ética y Jurídica de la Maternidad Subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII, No. 2, 2012, pp. 253-267. Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia, 2017.

medida de los cambios sociales, políticos y jurídicos que impongan un control sobre dicha práctica; así como de los cambios científicos y tecnológicos que pueden incluso devenir en el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida que sustituyan a las existentes hoy en día.

Es preciso apuntar que la evolución de la humanidad, guiada por continuos avances científicos, debe ser consciente de las consecuencias tanto éticas como jurídicas que tales novedades suponen para el hombre y, más aún, para la sociedad en su conjunto.

### **2.3. Diagnóstico de situación: claves del debate**

Son muchas las cuestiones que giran en torno a la maternidad subrogada sobre las cuales no se ha alcanzado consenso y continúan siendo objeto de debate. Entran en juego cuestiones tanto éticas como jurídicas y sociales cuya relevancia es clave para determinar los límites de esta práctica generadora de tal compleja controversia.

En primer lugar, la gestación subrogada supone la distinción entre gestación y maternidad al establecer que una mujer es la que gesta al niño durante nueve meses hasta el alumbramiento siendo otra mujer distinta quien se encargará de la maternidad ejerciendo las funciones propias de una madre relativas al cuidado y responsabilidad sobre el niño.

Los detractores de la gestación subrogada se oponen a la desvinculación de gestación y maternidad al defender que la ruptura de este vínculo comporta grandes perjuicios no sólo para la madre gestante sino para el hijo nacido cuya protección es esencial dada la vulnerabilidad de este. Son evidentes los riesgos que conlleva un embarazo para una madre gestante, incluyendo el parto y la situación postparto, lo cual expone ciertas dudas sobre el respeto a su integridad tanto física como moral al ser utilizada como un mero instrumento necesario para llevar a cabo una técnica de reproducción asistida. Más allá, se apoyan en la relación existente entre madre gestante e hijo engendrado (aún cuando ha sido implantado en su vientre mediante fecundación in vitro y la relación genética es inexistente) basándose en estudios científicos que han demostrado la existencia de vinculación hormonal y conexiones nerviosas entre madre e hijo que afectan a la actividad cerebral de la madre dejando secuelas después del nacimiento<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> HOEKZEMA, E., BARBA-MÜLLER E., POZZOBON, C., PICADO M., LUCCO, F., ET AL., *Pregnancy leads to long-lasting changes in human brain structure*. Nat Neurosci. Vol. 20 No. 2, 2017, pp. 287- 296

Por otro lado, los defensores de la maternidad subrogada ponen por encima la voluntad procreativa, el deseo de los comitentes de ser padres, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad de la mujer gestante. En contra de este argumento, son muchos los que hablan de la instrumentalización de la mujer, entendiendo que es el propio cuerpo el que está siendo objeto de una transacción económica, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales<sup>15</sup>. Es aquí donde entra el debate sobre el carácter altruista o comercial que debe tener la realización de esta práctica. Se trata del motivo que ha de primar en la mujer gestante a la hora de prestar voluntariamente su útero. Resulta legítimo, que aquel que presta algo propio que requiere cierto esfuerzo e implicaciones físicas y psíquicas, espere una contraprestación justa ya sea tan sólo para cubrir los costes en los que ha incurrido o superar tal umbral de rentabilidad y recibir cierta compensación económica.

Sin embargo, el contrato de gestación subrogada no recoge una simple obligación bilateral cuyo carácter económico resulte tan evidente debido a que en él entran en juego aspectos que inciden sobre el propio cuerpo humano, la dignidad y la integridad de la persona, así como la creación de un nuevo ser que involucra los derechos y la necesidad de protección del interés superior del niño. En este sentido, el Comité de Bioética de España, en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de mayo de 2017, defiende que “las decisiones que suponen un importante sacrificio para el individuo o una afectación a su integridad y que son retribuidas no son libres, sino que se adoptan a un contexto de vulnerabilidad”<sup>16</sup>.

Así las cosas, Derecho y Ética coinciden en la necesidad de protección de los más vulnerables y ponen la dignidad humana como uno de los valores fundamentales de la persona. Todo ello conlleva a la defensa de una gestación subrogada altruista, en la que desaparezca el componente económico-lucrativo, garantizando la solidaridad y, en consecuencia, la dignidad de la madre gestante quien decide libremente exponerse a los riesgos de la gestación y se compromete con los comitentes a gestar su hijo de manera gratuita. Esta solidaridad parece ilusoria para algunos quienes opinan que sólo personas con quienes se tiene cierta relación de parentesco o amistad estarían dispuestas a prestar su útero para la gestación de un bebé de manera completamente solidaria, con todas las consecuencias que ello conlleva. Esto nos conduce a un nuevo problema que suscita la

---

<sup>15</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A, *Op. Cit.*, p. 255.

<sup>16</sup> Comité de Bioética de España, *Op. Cit.*, p. 24.

maternidad subrogada y es la confusión de las relaciones de parentesco entre familiares<sup>17</sup>. Así, la madre que gesta un hijo para su hija será madre gestante y abuela del recién nacido, mientras que la madre, aún siendo madre, en cierto modo también será hermana del mismo. Esto puede tener impactos psicosociales en el hijo dada la confusión de los roles y funciones familiares que esta práctica puede llegar a producir.

Por todo ello, son muchos los que defienden la mercantilización de la gestación por subrogación como una actividad económica totalmente legítima y cuyo carácter comercial es válido e incluso necesario para el correcto desarrollo de esta práctica. Se apoyan en la teoría del mercado sobre la oferta y la demanda estableciendo que los actos de solidaridad generan escasez en la oferta y no llegan a satisfacer la demanda de vientres de alquiler de personas que desean tener descendencia<sup>18</sup>. Según Alfredo Bullard, profesor de Derecho en la Universidad de Lima:

Sería deseable que todos los problemas de infertilidad pudiesen resolverse por actos de solidaridad en los que, voluntariamente, los beneficiarios de ‘excedentes de capacidad reproductiva’, acudieran en auxilio de las víctimas de ‘déficit en capacidad reproductiva’ pero lamentablemente ello se estrella contra la realidad<sup>19</sup>.

De esta manera, se defiende la necesidad de que exista un incentivo económico para la madre gestante. En un estudio realizado en 1987, se demostró que 9 de cada 10 mujeres que se ofrecían para gestar el niño de otra persona le daba un valor significativo al factor económico<sup>20</sup>.

La defensa de la comercialización de esta técnica de reproducción consistente en la prestación de un útero para la gestación del hijo a favor de otra persona nos reconduce al debate suscitado sobre la mercantilización de la mujer y la explotación de su cuerpo, además de plantear ciertas cuestiones tanto éticas como jurídicas sobre el hecho de entregar a un niño a cambio de un precio pactado. En una posición extrema, incluso podría situarse la gestación subrogada comercial como un supuesto de venta de niños prevista en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la

---

<sup>17</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, Ponencias Congreso XXVI, Vol. 27, 2017, pp. 26-47.

<sup>18</sup> RALLO, J.R., “En defensa de la gestación subrogada”, Blog Juan Ramón Rallo, 25 de marzo de 2016 (disponible en <http://juanramonrallo.com/2016/03/en-defensa-de-la-gestacion-subrogada/index.html> última visita: 15 de abril de 2018)

<sup>19</sup> BULLARD GONZALES, A., “Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual”, IUS ET VERITAS, No. 10, 1995, pp. 51-64.

<sup>20</sup> GOLEMAN, D., “Motivation of surrogate mothers”, The New York Times, 20 de enero de 1987. (Disponible en <http://www.nytimes.com/1987/01/20/science/motivations-of-surrogate-mothers.html?pagewanted=1> última visita 6 de marzo de 2018)

venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía aprobado en 2000, como: “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”<sup>21</sup>. Aparece entonces un riesgo de cosificación del niño, si bien, los defensores de esta práctica lucrativa defienden el vínculo genético que, a diferencia de la venta de niños, existe entre los comitentes y el hijo nacido. Además, tal y como hemos apuntado anteriormente, se pone el acento en la voluntad procreativa, el deseo de tener un hijo y la autonomía de la madre gestante.

Por último, en todo momento se ha de proteger y salvaguardar el interés superior del niño. Aquellos en contra de la maternidad subrogada defienden que el simple deseo de los padres de tener un hijo no implica la garantía del interés superior del hijo tras su nacimiento. Los mismos argumentan que este deseo de tener descendencia no pone solución al problema de la cosificación del niño sino que lo intensifica ya que se percibe al niño como un objeto capaz de satisfacer “un deseo desmedido de tener un hijo a toda costa”<sup>22</sup>.

En definitiva, muchas son las posturas que se posicionan a favor y en contra de la maternidad subrogada y amplio es el debate actualmente abierto sobre cuestiones puntuales acerca de esta práctica que son dignas de ser estudiadas y comprendidas desde los diferentes puntos de vista que han generado un sinfín de opiniones a nivel mundial. Teniendo todo ello presente, en los siguientes apartados se trasladará el debate al campo jurídico, tratando de buscar soluciones a la controvertida problemática que supone la gestación subrogada en España.

---

<sup>21</sup> Artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, en Rodríguez Delgado, J., *Vulnerabilidad, justicia y salud global*, Ilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, No. 26, pp. 27-37.

### **3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA**

#### **3.1. Análisis del artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida**

En España, la gestación subrogada ha estado regulada desde 1988 en el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>23</sup>. Esta Ley ha sido derogada por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y, a pesar de haber sido objeto de sucesivas modificaciones, el contenido del mencionado artículo ha permanecido siempre inalterado. Este artículo 10 de la LTRHA recoge la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada estableciendo:

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<sup>24</sup>.

Esta nulidad conlleva que todos aquellos contratos de gestación por sustitución celebrados en España queden sin efecto al ser tratados como nulos por el ordenamiento jurídico español. Cuando decimos que en España la gestación por subrogación está prohibida nos referimos a esta nulidad recogida en el artículo 10 donde se encuentra única y exclusivamente regulada la gestación subrogada en nuestro ordenamiento. En este sentido, consideramos conveniente recalcar la distinción entre prohibición y nulidad realizada por el catedrático de Filosofía del Derecho, Manuel Atienza, al interpretar esta disposición, quien afirma la no prohibición de la gestación subrogada en España en cuanto quien la lleva a cabo no está cometiendo un ilícito ni una conducta sancionada por el ordenamiento jurídico. En palabras suyas: “que sea ‘nulo de pleno derecho’ no quiere decir que ese tipo de convención esté ‘prohibida’, sino que la misma no produce el efecto de que el (o los) comitente(s) sea(n) considerado(s) por el Derecho como padre(s) del

---

<sup>23</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 24 de noviembre de 1988) modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 22 de noviembre de 2003) y derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

<sup>24</sup> Artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

bebé así gestado”<sup>25</sup>. De esta manera, realizando una interpretación estricta de la Ley se entiende que, al no estar prohibida esta conducta, una mujer puede prestar su útero para dar a luz a un hijo en España, si bien, el acuerdo sobre tal alquiler de útero quedará sin efectos, siendo reconocida como madre del bebé aquella que determine el parto. Sin embargo, en la interpretación de las normas siempre se ha de tener en cuenta la intención del legislador y resulta claro que la finalidad de esta norma está en la restricción de esta práctica. El legislador español en la regulación sobre gestación subrogada no ha querido limitar la libertad estableciendo una prohibición expresa acompañada de sanciones, a diferencia de otros Estados que sí prevén en sus ordenamientos sanciones y condenas a aquellos sujetos partícipes de un contrato de gestación subrogada, véase, la regulación alemana<sup>26</sup>. En España, el Código Penal no prevé ningún tipo sancionador para el caso concreto de los vientres de alquiler, si bien, sí lo hace para el acto posterior de entrega de un niño a terceros realizada con la finalidad de alterar su filiación, estableciendo en su artículo 220 una pena de seis meses a dos años para quien “ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación” y una pena de hasta cinco años en su artículo 221 para “los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”<sup>27</sup>. Estos tipos penales vienen a perseguir y castigar la trata de niños con el fin de evitar que ésta ocurra en España de manera fraudulenta y defiende el recurso a la adopción, acogimiento o guarda como únicos regímenes lícitos para llevar a cabo modificaciones en la filiación de los niños para lo cual existen normas y procedimientos específicos que lo regulan. En definitiva, aunque en España la gestación por subrogación no está estrictamente prohibida, se entiende del conjunto del ordenamiento cierta tendencia a la restricción de esta conducta y prohibición de la entrega de niños resultado de esta práctica, al no reconocer los efectos de los

---

<sup>25</sup> ATIENZA, M. “La gestación por sustitución: la ley española no prohíbe esta práctica ni establece sanción alguna contra ella”, *El País*, 4 de mayo de 2017 (disponible en [https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931\\_165365.html](https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html) última visita 11 de abril de 2018)

<sup>26</sup> Ley alemana sobre protección del embrión 745/90, del 13/12/90, en su artículo 1 establece: “1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: [...] 7. Emprenda la acción de practicar una fecundación artificial o de transferir un embrión humano a una mujer, la que está preparada para abandonar a su hijo a terceros después de su nacimiento y en forma definitiva (madre sustituta o suplente).” Traducción de Villalobos, M.J., *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, No. 2, 1994, p. 417.

<sup>27</sup> Artículos 220 y 221 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 24 de noviembre de 1995).

contratos de gestación subrogada celebrados entre los comitentes y la madre gestante, y prohibir que se altere la filiación de los niños nacidos la cual, según además el Código Civil, sólo puede ser determinada por naturaleza y por adopción<sup>28</sup>.

El apartado segundo del artículo 10 LTRHA establece la consecuencia de los efectos nulos de los contratos de gestación por sustitución estableciendo la atribución de la filiación en favor de la madre gestante. Es decir, la filiación queda determinada por naturaleza según el parto. De esta manera, parece que nuestro ordenamiento continúa la máxima de Derecho Romano *mater semper certa est*, en virtud de la cual la madre siempre va a ser reconocida por ser quien lleva a cabo el parto<sup>29</sup>. Se defiende así el vínculo biológico entre madre e hijo el cual no puede ser modificado ya que, por naturaleza, un niño es hijo de quien le ha dado a luz. De esta forma, el artículo mencionado evita la distinción entre la gestación subrogada tradicional y la gestacional, de tal modo que es irrelevante de quién provenga el material genético pues la filiación se determina por el parto y no por la aportación de células reproductoras.

En relación con la aportación de material genético, el tercer apartado del artículo 10 LTRHA prevé la posibilidad de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico según las reglas generales. El hombre que aportó su espermatozoides para la fecundación del óvulo podrá defender su posición como padre del niño nacido pero la madre, independientemente de haber aportado o no su óvulo, será aquella que de a luz al niño. Esto nos suscita ciertas dudas sobre la posible obsolescencia de la máxima romana *mater semper certa est* acogida por nuestro ordenamiento jurídico. ¿Por qué la maternidad viene determinada por el parto y no por la aportación de material genético? ¿Qué ocurre con la mujer que ha aportado su óvulo? ¿Supera la aportación del óvulo el vínculo creado entre la madre gestante y el embrión durante el embarazo? Son algunas de las preguntas que nos planteamos y que requieren un riguroso análisis desde el campo de la medicina y una profunda investigación científica que no será objeto de este trabajo ceñido estrictamente al ámbito jurídico.

Como consecuencia de la nulidad de la gestación por subrogación en España, surgen una serie de conflictos jurídicos desencadenantes de la preocupación actual por la

---

<sup>28</sup> Artículo 108 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889)

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, No. 2, 2014, pp. 147-174.

necesidad de revisión de la regulación sobre maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. Uno de los principales problemas se encuentra en el Derecho comparado al existir diferencias entre los Estados sobre la regulación de esta técnica de reproducción asistida; mientras algunos Estados como Francia e Italia la prohíben, otros como Reino Unido o Israel la permiten de manera restringida, y otros como Estados Unidos, Rusia o Ucrania la permiten de manera más laxa reconociendo la validez de los contratos de gestación subrogada hasta cuando tienen fines lucrativos<sup>30</sup>. Esta situación ha dado lugar a que muchos españoles acudan a ordenamientos jurídicos extranjeros donde sí está permitida la gestación por sustitución, con el fin de hacer cumplir sus deseos de ser padres. Este movimiento de padres y bebés contribuye a lo que hoy se conoce como “turismo reproductivo” también llamado “*Baby Business*” (“negocio de bebés”). Muchos autores han considerado que este “turismo reproductivo” supone el reconocimiento de la reproducción humana como objeto de comercio e implica un mayor riesgo de que las mujeres que viven en países de desarrollo sean explotadas<sup>31</sup>. Así las cosas, la prohibición en España de la maternidad subrogada no impide que esta práctica se lleve a cabo en otros Estados donde sí está permitida. Parece necesaria una regulación uniforme y consensuada de todos los Estados con el fin de armonizar los intereses y velar por el orden público, ejerciendo un control efectivo sobre esta práctica de reproducción asistida en la que entran en juego derechos fundamentales como la dignidad y la libertad.

Otro de los problemas que surge a raíz de la regulación española y es consecuencia a su vez del mencionado conflicto internacional, es el reconocimiento de la filiación en España de los niños nacidos a partir de un contrato de maternidad subrogada en aquellos países donde se considera lícita esta práctica. El reconocimiento de filiación de estos niños nacidos mediante gestación subrogada ha generado gran controversia dentro del ordenamiento jurídico español y ha abierto un debate en el que se suscitan diversas opiniones jurídicas sin llegar a una respuesta clara sobre cuál debe ser la solución respecto al reconocimiento de la filiación de estos niños. El hecho de que se trasladen los niños nacidos de gestación subrogada a un Estado como España donde esta práctica está “prohibida”, hace que se plantee el atentado contra el orden público español y se cuestione la protección de derechos fundamentales como la vida privada y familiar y la protección del interés superior del niño.

---

<sup>30</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J., *Op. Cit.*, pp. 199-218.

<sup>31</sup> LAMM, E., “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret*, No. 3, 2012, p. 22.

Esta cuestión ha sido tratada en diferentes casos en España dando lugar a diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y Juzgados de diferentes instancias jurisdiccionales llegando hasta el Tribunal Supremo (TS). En el ámbito internacional, también se han planteado casos similares ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que han tenido una gran repercusión a nivel mundial. A continuación, realizaremos un breve recorrido por las resoluciones de los diferentes organismos con el fin de conocer el conflicto de opiniones y tratar de abstraer conclusiones acerca de una posible solución respecto al panorama actual.

### **3.2. Recorrido analítico doctrinal y jurisprudencial**

En primer lugar, cabe destacar que en España los tribunales no se han pronunciado nunca sobre la legalidad de la gestación subrogada en sí misma sino sobre el reconocimiento por parte del Estado español de la filiación de los niños nacidos de esta práctica. De esta manera, el debate surge al estudiar las solicitudes de inscripción en el Registro Civil (RC) español de los niños nacidos a través de contratos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero y considerados nulos de pleno derecho por nuestro ordenamiento jurídico. En términos generales, la DGRN ha venido defendiendo la inscripción de las certificaciones registrales extranjeras en las que consta la filiación de los niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada, mientras que los tribunales españoles se han opuesto a tal inscripción por considerar que la misma infringe el orden público internacional español.

#### ***3.2.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009***

La DGRN, en su resolución de 18 de febrero de 2009, estimó un recurso interpuesto por un matrimonio homosexual español ante la denegación de inscripción del nacimiento de dos niños nacidos a través de gestación subrogada por parte del canciller encargado del registro consular español en Los Ángeles. La DGRN estableció que tal decisión no suponía la determinación de la filiación de los niños sino del acceso al Registro español de una filiación ya determinada por una autoridad extranjera<sup>32</sup>. Se trata, por tanto, de una valoración formal y no sustancial sobre el acceso al RC español de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y filiación de los nacidos.

---

<sup>32</sup> LAMM, E., Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Universitat de Barcelona, D.L., Barcelona, 2013, p. 79.

En esta resolución, lo que la DGRN viene a expresar, es que el asunto planteado consiste en una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España y no una cuestión de Derecho Aplicable<sup>33</sup>. Por todo ello, no resultan de aplicación las normas de conflicto españolas ni las normas de Derecho sustantivo español (como el art. 10 LTRHA) para determinar la filiación de los niños, sino que son aplicables las normas jurídicas españolas que regulan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al RC español, concretamente, defiende la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (RCC) el cual no exige un control de legalidad sobre el fondo del asunto para que dicho acto sea inscrito<sup>34</sup>. Añade, la DGRN, que la inscripción en el RC español de la certificación registral extranjera que reconoce la filiación de los niños, no vulnera el orden público internacional español “ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley” y el RC español admite la inscripción de la filiación de un niño a favor de dos personas del mismo sexo<sup>35</sup>. Por último, pone el acento en la protección del interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York (CNUDN), el 20 de noviembre de 1989, al establecer que la no inscripción de la filiación de los menores en este caso supondría atentar contra este principio y conllevaría una situación de vulnerabilidad para los niños cuya filiación sería distinta en cada país<sup>36</sup>. Por todo ello, ordena la revocación del auto apelado y la consiguiente inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los niños y su filiación determinada por la certificación registral extranjera presentada por el matrimonio español.

---

<sup>33</sup> Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735, FJ 2 y 3)

<sup>34</sup> Artículo 81 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE, 11 de diciembre de 1958)

<sup>35</sup> Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735, FJ 5)

<sup>36</sup> Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE de 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991; establece: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

### **3.2.2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia del 15 de septiembre de 2010**

La resolución de la DGRN recién analizada fue sometida a control judicial a través de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia el cual, en su sentencia del 15 de septiembre de 2010, resuelve estimando la demanda y dejando sin efecto la inscripción del nacimiento de los dos menores en el RC español<sup>37</sup>. El principal argumento defendido en esta sentencia se encuentra en la superioridad de rango normativo de la Ley del Registro Civil (LRC) obviada por la DGRN quien defendía la aplicación del RRC en relación con la inscripción de certificaciones registrales extranjeras en el RC español. Para el caso concreto, el juez considera aplicable el artículo 23 de la mencionada Ley según el cual:

"Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.<sup>38</sup>"

En consecuencia, no es suficiente la mera comprobación formal de la certificación extranjera, sino que se exige que la misma sea legal conforme a la ley española y ello, añade la sentencia, no consiste en estudiar en términos genéricos y abstractos si el hecho inscrito es o no contrario al orden público ya que la expresión “conforme a la Ley española” exige que el encargado del Registro compruebe si el hecho, de haber sido llevado a cabo en España, sería o no legal conforme al Derecho sustantivo. En este sentido, en contra de lo expuesto en la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, se considera aplicable el contenido de la LTRHA a efectos de comprobar la legalidad del caso concreto. Tal y como hemos visto en epígrafes anteriores, esta Ley en su art. 10 considera nulos de pleno derecho todos los contratos de gestación subrogada y establece que la filiación de los hijos nacidos a través de esta práctica queda determinada por el parto. De esta forma, la sentencia concluye en su fundamento jurídico tercero que no se puede permitir el acceso al Registro la inscripción de la certificación registral extranjera por ser considerada contraria a la Ley española<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 193/2010 (AC 2010\1707)

<sup>38</sup> Artículo 23 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011)

<sup>39</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 193/2010 (AC 2010\1707, FJ 3): “ [...] en conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y

En relación con la protección del interés superior del menor defendida por la DGRN, el Juzgado de Primera Instancia no niega la inseguridad jurídica que la falta de inscripción de la filiación conllevaría para los menores los cuales tienen derecho a una identidad única mediante el reconocimiento de esta filiación. Sin embargo, defiende que el fin no justifica los medios y que existen en el ordenamiento jurídico español otras vías para la consecución de la inscripción de la filiación, lo cual inferimos hace referencia a otros procedimientos como la adopción<sup>40</sup>.

### **3.2.3. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010**

Ante la controvertida situación jurídica de los niños nacidos por gestación subrogada, la DGRN decidió establecer una serie de directrices “para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución” mediante la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>41</sup>. El objetivo esencial de esta Instrucción se encuentra en la protección jurídica del interés superior del menor así como en la protección de las mujeres gestantes que llevan a cabo esta práctica y renuncian a sus derechos como madres. Al establecer estas pautas, la Instrucción de la DGRN se centra en su preocupación por garantizar el acceso al RC de la filiación de aquellos niños nacidos en el extranjero como resultado de esta práctica, con el fin de proteger y velar por la continuación del reconocimiento de su filiación en España, la cual ha sido determinada

---

puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al artículo 23 de la LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada”.

<sup>40</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 193/2010 (AC 2010\1707, FJ 4): “En tercer lugar se argumenta que el interés superior del menor aconseja la inscripción en el RC español de la filiación que consta en el registro extranjero pues en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro civil y los menores tienen derecho a una identidad única, resulta indudable que esta afirmación es acertada pero el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus Bienvenido y Genaro , pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece.”

<sup>41</sup> Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 7 de octubre de 2010)

previamente en su lugar de nacimiento donde los contratos por gestación subrogada sí desplegaban todos sus efectos.

La principal directriz planteada consiste en la necesidad, como requisito previo a la inscripción, de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, no siendo suficiente, en ningún caso, “una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”. Se trata de directrices meramente formales basadas en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el reconocimiento de resoluciones extranjeras y en normas generales de Derecho Internacional Privado. Con ellas la DGRN sigue sin entrar en el fondo del asunto y pretende garantizando la inscripción por parte de los encargados del Registro Civil de las filiaciones de los niños que deriven de contratos de gestación subrogada, tras un control formal reforzado por la exigencia de una resolución judicial proveniente del Estado donde se llevó a cabo la gestación por sustitución. Como consecuencia del establecimiento de estas directrices, la fidelidad por parte de los Registros Civiles a estas pautas ha dado lugar a numerosas resoluciones que han admitido la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los niños nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, dando solución a un problema social y legal todavía no resuelto<sup>42</sup>.

Por otro lado, esta Instrucción ha sido altamente criticada por diferentes motivos. En primer lugar, se considera que la misma ha dotado de eficacia a los contratos de gestación subrogada, de manera indirecta, al reconocer la filiación de los niños nacidos en el extranjero a raíz de esta práctica la cual, según el artículo 10 LTRHA, tiene efectos nulos y, como consecuencia, la filiación queda determinada por el parto. Por ello, muchos autores establecen que el otorgamiento de efectos a la gestación subrogada en España ha de ser promovido por una reforma del mencionado artículo llevada a cabo por el poder legislativo de acuerdo con los principios del ordenamiento jurídico español<sup>43</sup>. Otros autores como De Verda y Beamonte, han ido más allá estableciendo que “No es que la instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que

---

<sup>42</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, No. 2, 2015, pp. 61.

<sup>43</sup> FARNÓS AMORÓS, E., “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión propuestas y retos”, Revista de Derecho de Familia, No. 49, 2011, p.177.

no parece admisible<sup>44</sup>. Otra de las críticas planteadas por la doctrina ha sido sobre la exigencia de resolución judicial extranjera para determinar la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero al ser esta exigencia contraria a la Ley. Calvo Caravaca y Carrascosa González defienden que el ordenamiento jurídico español, en los artículos 81 y 85 RRC no exigen una resolución judicial, sino que basta la presentación de un acta registral extranjera para la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un niño nacido en el extranjero<sup>45</sup>. Añaden que una Instrucción de la DGRN no puede vulnerar el contenido de una norma reglamentaria como es el Reglamento de la Ley del Registro Civil. En este sentido, Vela Sánchez considera esta Instrucción como inconstitucional al no respetar el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española<sup>46</sup>. Por último, esta Instrucción es criticada por fomentar el turismo reproductivo ya que indirectamente está permitiendo que los españoles puedan recurrir a la gestación subrogada en el extranjero y volver a España sabiendo que la filiación del niño nacido será inscrita en el RC español a pesar de ser resultado de un contrato de gestación por sustitución considerado nulo en España<sup>47</sup>.

#### ***3.2.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011***

Continuando con el caso anterior, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia el 25 de septiembre de 2010 fue recurrida por los demandados ante la Audiencia Provincial de Valencia la cual terminó desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada<sup>48</sup>.

La Audiencia Provincial de Valencia se opone a admitir la inscripción de la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, reforzando los argumentos jurídicos previstos anteriormente por el Juzgado de Primera Instancia. De

---

<sup>44</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, Diario La Ley, No. 7501, 2010, p. 7.

<sup>45</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>46</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, Diario La Ley, No. 7815, 2012, pp. 1-12.

<sup>47</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Op. Cit.*, p. 7

<sup>48</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 826/2011 (AC\2011\1561)

esta forma, considera como principal impedimento para la inscripción de la certificación registral extranjera su contrariedad a la legalidad española en aplicación del art. 23 LEC, por ser en concreto contraria al art. 10 LTRHA el cual es considerado por el mismo tribunal como norma de policía que no puede ser contrariada en base al art. 9.1 del Reglamento de Roma I (RRI)<sup>49</sup>. Más allá, se trata de la primera vez que un órgano jurisdiccional señala qué preceptos en concreto son “atacados” por esta práctica en relación con el orden público internacional español, a saber: la dignidad humana (art. 10.1 CE) y la integridad moral (art. 15 CE), la indisponibilidad de la persona la cual no puede ser objeto de comercio de los hombres (art. 1275 y 1271 CC) y la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil por parte de los poderes públicos (art. 39.2 CE)<sup>50</sup>. En relación con la protección jurídica del interés superior del menor, este tribunal, al igual que el Juzgado de Primera Instancia, reconoce la importancia de dicho interés, si bien, establece que la satisfacción del mismo no puede conseguirse mediante la infracción de una ley, como ocurre en el caso de la LTRHA. Además, considera que la propia LTRHA, al ser causa de la imposibilidad de inscripción de la filiación, es garantía de la protección de dicho interés sobre los menores al impedir que éstos sean objeto de comercio y la misma garantiza otros medios por los cuales se puede alcanzar el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos a través de estos contratos<sup>51</sup>.

### ***3.2.5. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014***

El TS continúa la línea de las instancias anteriores afirmando que la técnica jurídica aplicada para resolver la solicitud por parte de los demandados de la inscripción en el RC español de la filiación de un niño nacido en el extranjero por gestación subrogada, consiste en el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en España y no de un conflicto de leyes sobre determinación del Derecho Aplicable. Es decir, no corresponde al presente tribunal decidir sobre la filiación del niño, la cual ya ha sido

---

<sup>49</sup> Artículo 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE 4 de julio de 2008): “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

<sup>50</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 826/2011 (AC\2011\1561, FJ 2)

<sup>51</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 826/2011 (AC\2011\1561, FJ 5)

establecida por la autoridad administrativa del Registro Civil de California en este caso, sino decidir si tal decisión extranjera puede desplegar sus efectos en el sistema jurídico español. El TS se apoya en la aplicación de los arts. 81 y 85 RRC así como en el art. 23 LRC el cual exige para el reconocimiento de la certificación registral extranjera un control de legalidad conforme a la Ley española sobre el hecho en potencia de ser inscrito.

De esta forma, al contrario de lo establecido por la DGRN en la Instrucción del 5 de octubre de 2010, el TS no considera exigible una sentencia judicial extranjera sobre la filiación de los menores para su inscripción en España ya que para los casos de inscripción de filiación de niños nacidos en el extranjero nuestro ordenamiento sólo exige una certificación registral extranjera que lo acredite (arts. 81 y 85 RRC). Sin embargo, los encargados del RC están vinculados además por la LRC la cual manda se realizar un control sobre la realidad del hecho inscribible y sobre su conformidad con la Ley española. El TS en esta sentencia ha venido a aclarar que esta exigencia de legalidad no supone que el acto deba ser ajustado a las normas de Derecho sustantivo español, pues resulta absurdo exigir que el Derecho de todos los países sea el mismo para todos los actos. El TS establece que el acto que pretende ser inscrito debe respetar el orden público internacional español lo cual incluye una serie de normas y principios fundamentales por las que se rige el ordenamiento jurídico de nuestro país en su conjunto. Según Calvo Caravaca y Carrascosa González: “El orden público internacional está compuesto por ‘principios’ jurídicos esenciales del Estado de destino y no por las ‘normas’ del Derecho del Estado de destino”<sup>52</sup>.

El orden público internacional se activa así en esta sentencia por considerar que la certificación registral extranjera sobre la filiación de los niños nacidos de gestación subrogada atenta contra los valores fundamentales del Estado español. En este sentido, el TS afirma que la LTRHA es aplicable al caso concreto ya que al tratarse de un caso sobre gestación subrogada se ha de estar al tanto de los principios que recoge el ordenamiento español en su regulación sobre esta práctica, la cual, como hemos visto, se encuentra recogida en el art. 10 de la mencionada Ley<sup>53</sup>. El TS considera que la certificación objeto de este litigio no sólo vulnera el art. 10 LTRHA sino los propios principios inspiradores de esa norma que han llevado al legislador a castigar con los efectos de la nulidad esa práctica de reproducción asistida. Se trata de algunos preceptos constitucionales

---

<sup>52</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Op. Cit., p. 70.

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 835/2013 (EDJ 2014/7037, FJ 3)

recogidos en el Título I CE referidos al derecho de familia y a las relaciones paterno-filiales, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la intimidad familiar, la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil e independientemente de su filiación (art. 39 CE) así como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE).

Por otro lado, el Supremo niega que el rechazo a ser inscrita en el RC de esta filiación tenga como causa la inexistencia de vínculo biológico con los padres. Entre sus argumentos defiende que el ordenamiento jurídico no sólo admite el vínculo biológico como único determinante de la filiación ya que junto al mismo existen otros vínculos como la adopción o la fecundación con contribución de donante que también son válidos como determinantes de filiación. Asegura que:

En nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población<sup>54</sup>.

Por todo ello, se considera que los límites a la gestación subrogada previstos en España son una medida de protección sobre los niños y las madres basada en el respeto a la dignidad y a la integridad física y moral.

Finalmente, respecto al interés superior del niño recogido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y el art. 39 de nuestra Constitución, el TS afirma se trata de un concepto jurídico indeterminado "una clausula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial"<sup>55</sup>. Este interés superior del niño dentro del contexto de un caso de gestación por sustitución ha de ser tenido en cuenta como cuestión primordial, tal y como establece la CNUDN, pero no de manera exclusiva pues en este caso entran en juego otros bienes esenciales que deben ser a su vez tenidos en cuenta. Como resultado, el Tribunal considera acertado realizar una ponderación de todos los derechos y bienes fundamentales que aquí convergen, y resuelve que la anulación de

---

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 835/2013 (EDJ 2014/7037, FJ 3)

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 835/2013 (EDJ 2014/7037, FJ 5.7)

la inscripción de una filiación no ajustada a los valores esenciales del ordenamiento jurídico en cuestión supondría de facto un perjuicio para el menor. Considera que la propia decisión de la no inscripción contribuye a evitar la mercantilización de la gestación “que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación”<sup>56</sup> y protege la dignidad del menor al no dejar que se convierta en objeto de tráfico mercantil.

Esta decisión sobre la denegación de inscripción de filiación podría dejar en un estado de desprotección a los menores, si bien, el TS se mantiene firme en su decisión y propone otras vías previstas por el ordenamiento jurídico español que suplantán la nulidad acerca de la filiación derivada de contratos de gestación subrogada prevista en el art. 10 LTRHA. Entre ellas señala que, en caso de ser el padre biológico alguno de los comitentes, éste podría reclamar la paternidad por la vía que deja abierta el propio art. 10 LTRHA en su apartado tercero<sup>57</sup>. Para el resto de casos, si el deseo de los comitentes se encuentra en la integración real de los menores en el núcleo familiar y la modificación de su filiación para figurar ellos como padres, deberán acudir a otras vías que se ajusten a Derecho en España como la adopción o el acogimiento.

En definitiva, el TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia al denegar la inscripción de la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada por ser ésta contraria al orden público internacional español y atentar contra valores esenciales del ordenamiento como son la dignidad, la integridad física y moral y la protección integral de las madres e hijos cualquiera que sea su filiación y estado civil.

La decisión del Alto Tribunal español ha estado sometida a ciertas críticas por parte de la doctrina. Calvo Caravaca y Carrascosa González consideran respetuosamente que el discurso del Supremo sobre la protección del interés superior del menor no es del todo acertado al compararlo con un caso similar resuelto por los tribunales alemanes (sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13)<sup>58</sup>. Estos autores defienden que la controversia que suscitan los casos de gestación por sustitución hace necesario que los tribunales estudien detalladamente cada caso concreto. Así, argumentan que el Supremo actuó erróneamente al no detenerse a estudiar el caso concreto y

---

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 835/2013 (EDJ 2014/7037, FJ 5.12)

<sup>57</sup> Artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006): “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

<sup>58</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Op. Cit., p. 70.

comprobar en qué circunstancia fue llevado a cabo el contrato entre la madre gestante y los comitentes (si hubo o no compensación económica, si la madre prestó su consentimiento libremente) con el fin de determinar si verdaderamente se ha atentado contra la dignidad de la persona o se ha mercantilizado la gestación o, por el contrario, se ha respetado el desarrollo de la autonomía y libertad de las partes. Por otro lado, Lamm, critica la propuesta del TS acerca de la posibilidad de recurrir a otras vías para la inscripción de la filiación en el RC. La autora considera que lo que propone el tribunal constituye una falsa solución a la denegación de la inscripción de la certificación registral extranjera, pues considera que el recurso a la adopción supondría un perjuicio para la identidad personal del menor pues éste “sería ‘hijo natural’ de unas personas en los EEUU mientras que en España sería ‘hijo adoptado’ de esas mismas personas”<sup>59</sup>.

### **3.2.6. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos**

Con el fin de completar este recorrido por la jurisprudencia acerca de casos de gestación subrogada, cabe mencionar las últimas sentencias del TEDH respecto al asunto.

En 2014, el TEDH dictó sentencia por la que resolvía los asuntos *Mennesson* contra Francia y *Labassee* contra Francia<sup>60</sup>. Se trata de casos similares al estudiado respecto a España en el que dos matrimonios franceses pretenden la inscripción en Francia de la filiación de sus hijos nacidos por gestación subrogada en Estados Unidos. El TEDH dio la razón a los padres recurrentes al considerar que la denegación por parte del Estado francés del reconocimiento de las sentencias norteamericanas sobre la filiación de los menores vulnera el art. 8 CEDH, si bien, realiza una distinción entre el derecho a la vida familiar de los padres y el derecho a la vida privada y familiar del hijo, estableciendo que las autoridades francesas no vulneraron el primero, mas sí el segundo<sup>61</sup>. Argumenta el Tribunal su decisión en la necesidad de buscar el justo equilibrio entre los intereses de los Estados y los intereses de los afectados, teniendo especialmente en cuenta el interés superior del menor y el derecho a la vida privada y familiar. De esta forma, considera primordial para la determinación de la identidad única del niño y el ejercicio de su derecho a la vida privada y familiar, el reconocimiento de la filiación a favor de los

---

<sup>59</sup> LAMM, E., *Op. Cit.*, p. 235.

<sup>60</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson* c. France 65192/11, (EDJ 2014/95656) y Asunto *Labassee* c. France 65941/11, (EDJ 2014/95681)

<sup>61</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson* c. France 65192/11, (EDJ 2014/95656, FJ 49) y Asunto *Labassee* c. France 65941/11, (EDJ 2014/95681, FJ 51)

comitentes en el Estado de destino, en este caso Francia, con el fin de darle la protección que se merece al menor.

En 2017, el TEDH volvió a dictar sentencia sobre un caso de reconocimiento de filiación de un menor nacido por gestación subrogada (Asunto Paradiso y Campanelli contra Italia)<sup>62</sup>. Esta vez la filiación pretendía ser reconocida en Italia habiendo nacido el niño en Rusia mediante un contrato de vientre de alquiler. La característica particular de este caso estriba en que no existe vinculación genética por parte de los comitentes con el hijo nacido, quienes trataron de ocultarlo para obtener el reconocimiento de la filiación del niño como suyo en Italia. Sin embargo, las autoridades italianas, al descubrir el mencionado caso no sólo no reconocieron la filiación, sino que intervinieron separando al menor de los comitentes, poniéndolo a disposición del Estado para darlo en adopción. Este caso en nada se asemeja al asunto estudiado en España previamente en este trabajo. En esta ocasión, el TEDH estimó que el Estado italiano no había vulnerado el art. 8 CEDH al no considerar que existía de vida familiar debido a la ausencia del vínculo genético y a la corta duración de la relación entre los comitentes y el hijo (inferior a un año desde el nacimiento). Además, el TEDH consideró que la actuación de las administraciones italianas respecto a la privación de la custodia del menor fue acertada a la vez que proporcionada por haber violado los padres la legislación italiana. Cabe destacar que en la resolución de este asunto existe un Voto Particular en el que concurre la opinión de seis de los diecisiete magistrados que componen el Tribunal. Entre ellos destaca la disconformidad acerca de la negación de vida familiar ya que consideran que no es motivo suficiente para negar que exista la mera inexistencia del vínculo biológico entre los comitentes y el nacido. Por otro lado, el Juez Dedov muestra su preocupación por el tráfico de seres humanos mediante contratos de gestación subrogada simulados como puede considerarse que ocurre en el presente caso. Así las cosas, el Magistrado considera que la gestación por sustitución “no presentaría ningún problema si se usara como técnica en contadas ocasiones y no como, en realidad, se hace: como un gran y lucrativo negocio a desarrollar en el conocido como ‘tercer mundo’”<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> STEDH, de 24 de febrero de 2017, Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia (EDJ 2017/4007)

<sup>63</sup> GARCÍA RUIZ, M.P., “La gestación subrogada: estado actual y jurisprudencia de la cuestión”, *El Derecho, Revista de Jurisprudencia*, 2017 (disponible en [http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Gestacion-subrogada-jurisprudencia-TEDH\\_11\\_1177555002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Gestacion-subrogada-jurisprudencia-TEDH_11_1177555002.html); última visita 15 de abril de 2018)

### 3.3. Iniciativa legislativa popular y Proposición de Ley

En el presente estudio hemos podido comprobar cómo existen sendas opiniones acerca de la gestación subrogada. Empezando por la nulidad prevista en el art. 10 LTRHA, pasando por las discrepantes resoluciones de la DGRN, la Instrucción del 15 de octubre de 2010 y las sentencias de los tribunales civiles españoles incluida la del Tribunal Supremo quien termina con la negación del reconocimiento de cualquier filiación que provenga de un contrato de gestación subrogada celebrado un Estado extranjero en tanto se considera vulnera el orden público internacional español. A todo ello se le suman las sentencias del TEDH el cual ha venido defendiendo el interés superior del menor por encima de cualquier orden público en aras de proteger a los niños nacidos de esta práctica.

El panorama resulta ciertamente caótico y ha despertado no solamente el interés político y jurídico sino también social. De este modo, la Asociación por la Gestación Subrogada en España ha planteado una iniciativa legislativa popular justificando la necesidad de abrir las puertas a la gestación subrogada en nuestro país en base a tres principales argumentos que se resumen en: la evolución del modelo de familia, la realidad sobre la existencia de casos de gestación subrogada en España y el derecho a la igualdad, el cual se considera vulnerado ya que debido a la regulación actual parece que sólo aquellos españoles con alta capacidad económica pueden tener acceso a un vientre de alquiler huyendo de la legislación española hacia otros países donde sí está permitido<sup>64</sup>.

Las principales notas características del texto que propone esta iniciativa legislativa popular se basan en el carácter residual de esta técnica de reproducción asistida a la cual sólo se deberá acudir cuando el resto de vías previstas en la LTRHA resulten imposibles; la imposibilidad de que se trate de un contrato lucrativo negando la posibilidad de que la mujer gestante obtenga recompensa económica alguna, únicamente una podrá obtener una compensación por los daños sufridos, por la baja laboral y el lucro cesante que le haya supuesto el embarazo; la técnica jurídica exigida es la elaboración del contrato ante Notario; por último se exigen una serie de premisas y requisitos sobre los intervinientes, en cuanto a la madre gestante se prevé que ésta ha de ser mayor de edad,

---

<sup>64</sup> NAVARRO MARTÍNEZ, M.M., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L. y PINILLOS CAPEL, M.D.A., “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, Revista Bioderecho.es, Vol. 1, No. 1, 2014, pp. 3-5.

no ser madre primeriza y haber residido en España durante los dos últimos años anteriores.

Por otro lado, el Grupo Parlamentario Ciudadanos ha presentado ante el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley sobre la regulación de la gestación subrogada. Ciudadanos justifica su propuesta en la necesidad urgente de regulación en base a la evolución y el progreso de la sociedad y a la libertad de los ciudadanos. Según establece en su exposición de motivos:

La presente Ley tiene como finalidad regular el derecho a la gestación por subrogación, entendiéndose por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales.<sup>65</sup>

#### **4. POSIBLES SOLUCIONES ANTE EL PANORAMA JURÍDICO EN ESPAÑA**

Partiendo del análisis aquí realizado sobre la situación actual de la gestación subrogada en España, a continuación se estudiarán las principales vías tenidas en consideración para resolver el panorama actual, analizando las ventajas e inconvenientes que suponen cada una de estas posibles soluciones, con el fin de que el lector pueda posicionarse y formar su propia opinión.

##### **4.1. Prohibición absoluta de la gestación subrogada**

La principal causa que motiva la necesidad de un cambio en la regulación española es el hecho de que la nulidad prevista en la normativa actual no da solución al problema ya que los españoles han llevado a cabo esta práctica recurriendo a al alquiler de vientres en el extranjero. Por ello, si la verdadera intención del legislador escondida bajo el art. 10 LTRHA no es otra que prohibir este comportamiento en España, se debe reforzar la regulación vigente.

En este sentido, se deberían implementar medidas eficaces para lograr erradicar la gestación por subrogación en España endureciendo el régimen actual. Se podría seguir, así, el modelo de regulación previsto en otros Estados como Alemania o Italia donde la gestación por sustitución se encuentra penada con penas privativas de libertad. Sin embargo, este castigo no impediría que los españoles huyesen al extranjero para cumplir

---

<sup>65</sup> Texto de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos, presentado en septiembre de 2017, disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF) (última visita 14 de abril de 2018)

su deseo de ser padres y dado el carácter territorial del Derecho Penal no podrían ser tampoco castigados como autores de un delito en España. Esto nos llevaría de nuevo a dos de los problemas principales que hemos visto en este trabajo: el turismo reproductivo y el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos en otro Estado por gestación subrogada. En cuanto al primero, uno de los principales argumentos de los defensores de la maternidad subrogada consiste en la discriminación que la prohibición de esta práctica supone en España, ya que sólo tienen acceso a ella aquellos con capacidad económica suficiente para desplazarse al extranjero y realizar los trámites que sean pertinentes para tener un hijo mediante un vientre alquilado a otra mujer<sup>66</sup>. Esto viene relacionado con el segundo de los problemas consistente en el reconocimiento de la filiación de aquellos niños. Si seguimos la doctrina de la DGRN<sup>67</sup> y en España se permite el acceso al RC de las filiaciones derivadas por gestación subrogada establecidas previamente en el extranjero, se estaría aceptando indirectamente que contratos de vientres de alquiler celebrados fuera desplieguen sus efectos en España, lo cual es justo lo que el Estado español pretende evitar en su art. 10 de la LTRHA. Además, esto convertiría a España en un verdadero país de origen para el turismo reproductivo pues se estaría dando pie a que todo aquel que acuda a otro Estado para tener un hijo pueda volver libremente al Estado español con el menor nacido de gestación subrogada.

Por todo ello, si lo que se quiere es erradicar la gestación subrogada, España debe atenerse a lo resuelto por el Tribunal Supremo el cual se opone a la inscripción en España de los menores nacidos por gestación subrogada por considerarla contraria al orden público internacional español y manteniendo su decisión fiel a los principios y derechos fundamentales que inspiran la Ley española.

En definitiva, para prohibir de manera absoluta la gestación en España se debe combinar una regulación estricta que castigue tal comportamiento y, por otro lado, mantener la ineficacia de los contratos de gestación por sustitución inadmitiendo el reconocimiento de la filiación de los nacidos por esta práctica tanto en España como en el extranjero. El Comité de Bioética de España, partidario de esta postura, añade que esta erradicación de los vientres de alquiler se asienta sobre el esencial respeto a la dignidad de la mujer y del hijo, y que para que llegue a ser efectiva es necesario que las medidas que se adopten estén dirigidas para prohibir los contratos de gestación subrogada a nivel

---

<sup>66</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *Op. Cit.*, p. 176

<sup>67</sup> RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735) e IDGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 7 de octubre de 2010)

nacional. Este órgano propone el establecimiento de sanciones para las agencias e intermediarios que ofrezcan sus servicios para llevar a cabo esta práctica e insiste en que “la reforma de la ley debería orientarse a lograr que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero”<sup>68</sup>.

#### **4.2. Continuación del régimen actual y promoción de un debate internacional**

Otra posible solución, menos drástica que la anterior, consiste en mantener la regulación actual siendo el legislador prudente antes de llevar a cabo cualquier reforma. Debido a que el conflicto acerca de la maternidad subrogada traspasa las fronteras y es una realidad presente en amplitud de Estados, es preciso estudiar bien el Derecho comparado y valorar la regulación vigente en otros países y los efectos que ésta ha tenido. Existen diferentes niveles de regulación acerca de la maternidad subrogada. Estados como Rusia o algunos Estados de EEUU la han legalizado inclusive su modalidad onerosa, otros como Reino Unido o Portugal sólo la defienden si se realiza altruistamente, Alemania e Italia la prohíben de manera rotunda hasta penalizarla y finalmente otros como Francia o España prevén la nulidad de los contratos de gestación subrogada.

Esta postura considera conveniente esperar y comprobar qué resultado tiene la regulación de la gestación subrogada en otros Estados con el fin de comprobar cuál es la medida más conveniente para tratar la gestación subrogada en nuestro país, velando siempre por el interés superior del menor, la dignidad y la protección del derecho a la vida privada y familiar y a la autonomía de la persona. Mientras no se lleve a cabo ninguna actuación y el art. 10 LTRHA se mantenga intacto, se cree conveniente respetar la postura del TS en relación con el rechazo a reconocer las certificaciones registrales extranjeras sobre filiación de niños nacidos de gestación subrogada en otros Estados en base a que las mismas vulneran el orden público internacional español y por ello son no tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, cabe recordar la solución que propone el mismo tribunal de la posibilidad existente de reconocimiento de la filiación de estos niños mediante otras vías como la establecida en el 10.3 LTRHA, el acogimiento o la adopción.

Más allá, una de las principales causas de la conveniencia de esta postura es la de que se promueva un debate internacional en el que todos los Estados se impliquen a nivel mundial con el fin de alcanzar un consenso acerca de la regulación que merece esta

---

<sup>68</sup> Comité de Bioética de España, Informe sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, *Op. Cit*, p. 86.

práctica. Un verdadero acuerdo internacional sería la solución óptima a todas las controversias que la maternidad subrogada suscita tanto dentro como fuera de España. Organizaciones internacionales como la Conferencia de la Haya o la ONU han comenzado a realizar movimientos en búsqueda de consenso internacional sobre la solución al estado actual de la gestación por sustitución a nivel mundial. Aunque todavía no se ha alcanzado un acuerdo, la mayoría han apuntado los riesgos que esta práctica conlleva acerca de la mercantilización del cuerpo y el niño como objeto de comercio. La Conferencia de la Haya, en concreto, continúa trabajando actualmente desde 2011 en la realización de informes y recopilación de datos con el fin de elaborar un profundo análisis y poder plantear en un futuro una respuesta internacional al asunto.

#### **4.3. Reforma del artículo 10 LTRHA y reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero**

La evidente confrontación de opiniones entre nuestro TS y la DGRN hace urgente que en España se tome alguna medida que determine una vía definitiva para proteger a aquellos menores que habiendo nacido por gestación subrogada en el extranjero buscan el reconocimiento de su filiación en España. Recordemos que mientras el TS ponía el orden público español por encima del interés superior del niño al considerar que éste último no se veía vulnerado por la negativa a reconocer la filiación del menor ya que se debe realizar una ponderación de todos los bienes y derechos esenciales que entran en juego, véase la dignidad de la mujer y el derecho a la vida familiar y privada de los afectados, la DGRN, por otro lado, defendía, apoyándose en normas de Derecho Internacional Privado, el reconocimiento de la filiación de estos niños ya que, al contrario de lo que opina el Alto Tribunal, no considera aplicable al caso concreto normas de Derecho sustantivo español como el art. 10 LTRHA.

A la vista de tal situación, dos son las opciones que hemos considerado serían las más convenientes: (i) Llevar a cabo una reforma de la regulación de los contratos de maternidad subrogada en España contenida en el art. 10 LTRHA que permita que estos contratos desplieguen sus efectos en nuestro país, es decir, suprimiendo la nulidad de los mismos. De esta forma, la teoría del orden público defendida por el TS quedaría sin fundamento y esto permitiría al tribunal aceptar el reconocimiento de estas certificaciones registrales extranjeras de filiación. Si bien, se han de tener en cuenta los riesgos que la admisión de esta práctica podría suponer tales como la mercantilización de la capacidad reproductiva, el tráfico de niños o la explotación de la mujer. Por ello, se ha de pensar

muy detenidamente la regulación sobre la gestación subrogada con el fin de evitar que se lesionen derechos como la dignidad de la mujer o el interés superior del niño, tal y como veremos en el siguiente apartado. (ii) Mantener el art. 10 LTRHA actual y “levantar la mano” acerca de la determinación en España de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero, adoptando las decisiones del TEDH el cual pone por encima la protección del interés superior de los menores al considerar que éstos son dignos de tener una identidad única, determinada en parte por su filiación, y el respeto sobre derecho a la vida privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH.

#### **4.4. Regulación total de la gestación subrogada**

La cuarta solución consiste en una propuesta de regulación sobre la maternidad subrogada en España concretando específicamente sus aspectos más fundamentales. Esta medida es considerada como una de las soluciones posibles ante la situación actual ya que el Estado ha de tener en cuenta la conciencia social a la hora de legislar y, la preocupación por esta técnica de reproducción, cada vez más expandida, es ya una realidad de nuestro tiempo la cual ha de ser considerada y comprendida por el legislador, quien, ante todo, ha de procurar garantizar los derechos de la madre gestante y el interés superior del menor nacido de esta práctica.

El ejemplo más reciente sobre regulación de la gestación subrogada lo encontramos en Portugal donde en 2017 se promulgó la Ley 25/2016, de 22 de agosto de 2016. Esta Ley se caracteriza principalmente por defender la maternidad subrogada de carácter altruista, la exigencia de unos requisitos tanto para la mujer subrogada cuya infertilidad ha de quedar acreditada y para la mujer gestante la cual ha de tener menos de 45 años y haber sido anteriormente madre de un niño sano y vivo en la actualidad, además de estar en buenas condiciones físicas y superar un análisis psicológico. Por otro lado, en España, nos encontramos con la Proposición de Ley presentada por Ciudadanos la cual también defiende únicamente la maternidad subrogada altruista y exige una serie de requisitos para las partes que intervienen en el contrato, si bien, la principal diferencia respecto a los requisitos que exige la ley lusa encontramos la exigencia de que la mujer gestante haya residido los dos últimos años en España. Además, aunque no se admite que la madre gestante reciba recompensa económica alguna, la propuesta de Ciudadanos sí prevé que la misma reciba una compensación por los daños sufridos, por su baja laboral y por el lucro cesante del periodo durante el cual se prolongue el proceso de la gestación por sustitución que haya afectado a la madre. En relación con el riesgo de explotación de

la mujer, el texto prevé que las mujeres gestantes sólo puedan llevar a cabo esta práctica un máximo de dos veces.

Como podemos comprobar, existen recursos que en cierta medida protegen a la mujer y al menor nacido, y a través de los cuales nos acercamos cada vez más a una medida justa que permite escuchar los deseos de los españoles que quieren tener un hijo pero no pueden gestarlo, respetando la dignidad de la mujer que lo gestó y los intereses de los niños que nacerán de esta práctica. Todo ello alejado de la mercantilización del cuerpo y la utilización de los niños como objeto de comercio al no permitir la modalidad onerosa de esta práctica. Si bien, nos encontramos ante una modalidad de regulación que parece ver que la única solución está en la celebración de contratos privados entre las partes donde ambas pongan en común sus intereses. Ante ello, algunos autores como Paredero Huerta han propuesto como solución a la regulación de la maternidad subrogada que la gestión de la misma quede en manos del Estado, tal y como ocurre con la donación y el trasplante de órganos en España<sup>69</sup>. El mismo asegura que “la mercantilización y el pago, inevitables con los modelos de contratos entre particulares, desincentivan el altruismo y la donación, promoviendo la donación principalmente de parte de personas sin recursos”. Por ello, propone que la gestación subrogada sea entendida como una “donación” temporal del vientre de la mujer y siga el modelo normativo por el que se regula la donación de órganos<sup>70</sup>, creando una Organización Nacional de Subrogación que dependa del servicio público de sanidad y a través del cual se controlen y coordinen las personas que siendo infértiles necesitan del vientre de otra persona para ser padres y las madres que de manera completamente solidaria prestan su capacidad reproductiva.

Nosotros coincidimos con esta propuesta de solución en cuanto consideramos sería una acertada solución al conflicto tanto a nivel nacional como internacional, ya que es una medida que parece que escucha los intereses de todos los Estados y a través de la cual se podría llegar a alcanzar ese ansiado equilibrio de opiniones e intereses. Con esta forma de regulación se estaría respetando tanto la dignidad de la mujer como el derecho a la libertad y el desarrollo de la autonomía, ya que el carácter altruista de la relación entre madre gestante y persona incapacitada para tener hijos estaría basado en la máxima solidaridad; la mujer deja de estar considerada explotada al dejar que sea ella quien

---

<sup>69</sup> PAREDERO HUERTA, I., “Gestación Subrogada: un modelo español”, El Diario, 3 de mayo de 2016 (disponible en: [https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol\\_6\\_512058806.html](https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol_6_512058806.html) última visita 15 de abril de 2018)

<sup>70</sup> Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE, 6 de noviembre de 1979)

libremente decida sobre su cuerpo sin recibir nada a cambio. En cuanto al interés superior del menor y su derecho a una vida privada y familiar así como a una identidad única, quedarían salvados, pues el alcance de un consenso internacional acerca de esta regulación supondría la garantía del reconocimiento de su filiación en todos los Estados.

## **5. CONCLUSIONES**

La maternidad subrogada es un tema vertiginoso que ha despertado el interés de lo jurídico a la vez que de lo político y lo social. En España, son numerosos los casos que se han dado de maternidad subrogada aún siendo considerados nulos los contratos que prevén la realización de dicha práctica en nuestro país. La huida de los españoles a ordenamientos jurídicos extranjeros donde sí está permitida la gestación por sustitución ha desencadenado ciertos problemas que han sido objeto de resolución tanto en la doctrina administrativa (DGRN) como en la jurisprudencia donde ha llegado el asunto hasta el Supremo e, incluso, a nivel internacional, hasta el TEDH. Es preciso destacar que el debate abierto en doctrina y jurisprudencia no versa sobre permitir o prohibir la gestación subrogada en España, sino sobre el reconocimiento de filiación de niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada que pretenden ser inscritos en España. Son las diferentes opiniones suscitadas al respecto lo que ha desencadenado el planteamiento de una reforma en la regulación actual.

En este trabajo hemos visto las diferentes posturas existentes dentro del marco del sistema jurídico español. La DGRN comenzó resolviendo a favor de los padres comitentes, basándose en normas generales de DIPr, al reconocer una certificación registral extranjera sobre filiación, de acuerdo con lo previsto por el RRC (arts. 83 y ss). Los tribunales civiles españoles en todas sus instancias se opusieron al criterio propuesto por la DGRN alegando el principio de jerarquía normativa según el cual el RRC es un instrumento de desarrollo de la LRC cuya aplicación ha de primar sobre el mismo, en concreto, el art. 23 LRC el cual prevé la necesidad de un control de legalidad sobre el hecho que pretende ser inscrito en España. Esto llevó al TS a profundizar en el asunto alegando la vulneración del orden público español como principal motivo para oponerse a la inscripción de los niños nacidos de gestación subrogada, práctica castigada con la nulidad de pleno derecho en España y en cuyo caso el contrato exista, la filiación vendrá determinada por el parto tal y como prevé el art. 10 LTRHA. El TS señaló como principios esenciales del orden público español e inspiradores de la regulación de esta práctica en España la dignidad, el derecho a la integridad física y moral, el derecho al

libre desarrollo de la personalidad y la protección de la vida privada y familiar. Por otra parte, el TEDH centró su decisión en la protección del interés superior del niño exigiendo que su filiación fuese reconocida por Francia en el caso de *Mennesson* contra Francia y *Labasse* contra Francia. Por último, el TS en su auto de 2 de febrero de 2015 señalaba las diferencias entre los casos resueltos por el TEDH y el caso español y aseguraba la resolución del tribunal europeo no exigía una modificación de la regulación española acerca de la gestación subrogada y permitía mantenerse firme en su decisión de rechazar la inscripción de la filiación del menor ya que en España, a diferencia de lo que ocurre en Francia, sí que se permite el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos de maternidad subrogada por otras vías como la prevista por el apartado 3 del art. 10, la adopción o el acogimiento, de tal forma que existen garantías que el interés superior del menor quede salvaguardado.

Así las cosas, la creciente oleada de casos de maternidad subrogada y la controvertida disputa sobre el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero ha sido el detonante del debate social, ético y político actual ante el cual el Derecho debe reaccionar.

Por todo ello, se han planteado en este trabajo cuatro posibles escenarios que el sistema jurídico español podría adoptar con el fin de buscarle una solución al asunto. Se han propuesto medidas basadas en distintos niveles de rigidez, desde la prohibición absoluta que lleva incluso a sancionar la realización de esta práctica en España, hasta la permisividad plena pero limitada a los casos altruistas y siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos exigidos sobre tanto la madre gestante como los comitentes, pasando a la vez por soluciones intermedias como puede ser la prudencia antes de “mover ficha” en el Estado español o la sutil reforma que de solución al conflicto existente sobre las filiaciones extranjeras derivadas de maternidad subrogada.

Realizando una evaluación de la situación actual de la gestación subrogada en España y haciendo equilibrio de todos los intereses y derechos esenciales que entran en juego en la regulación de esta práctica, consideramos conveniente que España tome en consideración el asunto y lleve a cabo medidas para lograr dar una solución eficaz al panorama actual. Todos podemos encontrar motivos con los que sentirnos identificados tanto para estar a favor como en contra de esta práctica. Por ello, sea la medida que sea, el Estado ha de velar siempre por el orden y la paz social y, en este sentido, la maternidad subrogada ha de ser comprendida desde todos los puntos de vista posibles, pues sólo así se lograra el equilibrio de lo jurídico, ético y social. En definitiva, la conclusión de este

trabajo consiste en la demanda de una regulación de la gestación subrogada que garantice los derechos de la madre gestante y del niño, que proteja siempre su dignidad, respete la autonomía de la voluntad y, sobre todo, garantice la protección del interés superior del niño y el derecho a una vida privada y familiar. El alcance de tal propuesta de regulación no resultaría del todo eficaz si, aún regulándola, no se llegase a una cooperación internacional, pues se trata de derechos fundamentales los que entran en juego en esta práctica de gestación y han de ser protegidos y garantizados a nivel mundial lo cual no es posible si todos los Estados se vuelcan en sus propios intereses y no abren las puertas al diálogo y a la colaboración internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. “La gestación por sustitución: la ley española no prohíbe esta práctica ni establece sanción alguna contra ella”, *El País*, 4 de mayo de 2017 (disponible en [https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931\\_165365.html](https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html) última visita 11 de abril de 2018)
- BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S. “Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation” (Cm. 4068). Department of Health, Londres, 1998.
- BULLARD GONZALES, A., “Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual”, *IUS ET VERITAS*, No. 10, 1995, pp. 51-64.
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, No. 2, 2015, pp. 45-113.
- Comité de Bioética de España, *Informe sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*, Bilbao, 2017, p. 28 (disponible en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) última visita 15 de abril de 2018)
- CORERA IZU, M., *Abandonados, apátridas y sin padres*, Diario La Ley, No. 8345, pp. 1- 15 (disponible en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), última visita 25 de marzo de 2018)
- DAVID CARRIZO AGUADO “*Galimatías en torno a la maternidad subrogada en el derecho español.*” en de Carvalho Leal, V. (ed.), *El Derecho y sus Razones. Aportaciones de Jóvenes Investigadores*, Bubok, León, 2013, pp. 77-89.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *Ponencias Congreso XXVI*, Vol. 27, 2017, pp. 26-47.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, No. 7501, 2010, p. 7.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión propuestas y retos”, *Revista de Derecho de Familia*, No. 49, 2011, pp. 153-181.
- FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, en Rodríguez Delgado, J., *Vulnerabilidad, justicia y salud global*, Ilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, No. 26, pp. 27-37.
- GOLEMAN, D., “Motivation of surrogate mothers”, *The New York Times*, 20 de enero de 1987. (Disponible en <http://www.nytimes.com/1987/01/20/science/motivations-of-surrogate-mothers.html?pagewanted=1> última visita 6 de marzo de 2018)
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, No. 2, 2014, pp. 147-174.
- HOEKZEMA, E., BARBA-MÜLLER E., POZZOBON, C., PICADO M., LUCCO, F., ET AL., *Pregnancy leads to long-lasting changes in human brain structure*. *Nat Neurosci*. Vol. 20 No. 2, 2017, pp. 287- 296.
- LAMM, E., “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”, *Revista Indret*, No. 3, 2012, pp. 1 – 49.
- LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, D.L., Barcelona, 2013.
- LÓPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la Problemática Ética y Jurídica de la Maternidad Subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII, No. 2, 2012, pp. 253-267. Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia, 2017.
- NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I., PIZARRO MORENO, E. “*El Interés Del Menor Y Los Supuestos De Discriminación En La Maternidad Subrogada, Entre La Realidad Jurídica Y La Ficción*” *Derecho Privado y Constitución*, No. 29, 2015, pp. 227-261.
- Ortega Esquembre, C., Richart Piqueras, A., Páramo Valero, V., Ruíz Rubio, C., “*El Mejoramiento Humano Avances, Investigaciones Y Reflexiones Éticas Y Políticas.*”, Editorial Domares, S.L., Universidad de Valencia, 2015, pp. 617-627.
- PAREDERO HUERTA, I., “Gestación Subrogada: un modelo español”, *El Diario*, 3 de mayo de 2016 (disponible en: [https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol\\_6\\_512058806.html](https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol_6_512058806.html) última visita 15 de abril de 2018)
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.
- RALLO, J.R., “En defensa de la gestación subrogada”, *Blog Juan Ramón Rallo*, 25 de marzo de 2016 (disponible en <http://juanramonrallo.com/2016/03/en-defensa-de-la-gestacion-subrogada/index.html> última visita: 15 de abril de 2018)
- SPAR, D. L., *The baby business. How money, science, and politics drive the commerce of conception*, Boston-Massachusetts: Harvard Business School Press, pp. 129-143.
- VAN ZYL, L., VAN NIEKERK, A., *Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood*. *Journal of Medical Ethics* Vol. 26, 2000, pp. 404 - 409.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, No. 7815, 2012, pp. 1-12.

## **RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, Asunto Mennesson c. France 65192/11, (EDJ 2014/95656) y Asunto Labassee c. France 65941/11, (EDJ 2014/95681).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 2017, Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia (EDJ 2017/4007).

Auto del Tribunal Supremo de 2 febrero de 2015 335/2015 (EDJ 2015/6321).

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 835/2013 (EDJ 2014/7037).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 826/2011 (AC\2011\1561).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 193/2010 (AC 2010\1707).

### **Doctrina Administrativa**

Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 7 de octubre de 2010).

## **RELACIÓN DE LEGISLACIÓN**

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 24 de noviembre de 1995).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 24 de noviembre de 1988)

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 22 de noviembre de 2003)

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE de 27 de mayo de 2006).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889)

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE, 11 de diciembre de 1958)

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 8 de septiembre de 2017).

### **Legislación internacional**

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo 2000 (BOE 31 de enero de 2002)

Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE de 31 diciembre 1990)

Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE 4 de julio de 2008)