



FACULTAD DE DERECHO

APROXIMACIÓN JURÍDICO-ÉTICA A LA GESTACIÓN SUBROGADA: REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

Autor: Marta Guiomar Cruz López de Ochoa

5º E3 A

Derecho Constitucional

Tutor: Dra. María Macías Jara

Madrid
Abril 2018

RESUMEN

El negocio jurídico del contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 10.1 LTRHA. Sin embargo, esta condición no está impidiendo que, paulatinamente, el número de niños que nacen a través de esta técnica de reproducción asistida esté creciendo en detrimento de otros métodos más tradicionales. Esto ha originado numerosos debates jurisprudenciales y doctrinales, sobre todo en torno al reconocimiento internacional de las filiaciones procedentes de países donde el negocio se admite por el Derecho. Si bien sería adecuado la existencia de una regulación internacional, se aboga por una admisión en Derecho Español del mismo en virtud de la protección de la familia, la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de los padres intencionales en materialización del principio de igualdad y de la libertad que les ampara, como principio superior del ordenamiento jurídico español. Se abordará el origen de esta figura jurídica, el concepto de gestación subrogada, así como sus clases, y un análisis de la cuestión en España. Asimismo, se abogará por un derecho a la procreación o a la maternidad y paternidad que debe poder verse realizado a través de esta figura. Principios como el altruismo, el interés superior del menor y un acceso a este tipo de contratos por parte de cualquier persona, soltera o con pareja -con limitaciones-, independientemente de su sexo, deben inspirar una muy esperada regulación por el status quo social y cultural. Se defiende que solo su reconocimiento respeta la dignidad de la madre gestante en cuanto poseedora de un derecho a autodeterminar su personalidad.

Palabras clave: gestación por sustitución, dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, madre gestante, padres intencionales

ABSTRACT

The legal business of the surrogate motherhood contract is null and void under the Spanish legal system by virtue of the article 10.1 of the LTRHA. Nevertheless, this condition is not preventing the fact that, progressively, the number of children born thanks to this assisted reproduction technique is growing at the expense of other traditional methods. This has raised several case law and doctrine debates, especially on the subject of the international recognition of parenthood originated in countries where this contract is admitted under its law. Even though the existence of an international regulation of this legal business is recommended, an admission under the Spanish law of this contract is advocated by virtue of the families' protection principle, the dignity of the human person and the free development of the personality, which protect the intentional parenthood as an embodiment of the equality principle, and the freedom that shelter them as a superior principle of the Spanish legal system. This thesis approaches the origin of this legal concept, the definition of surrogate motherhood as well as the types that exist, and an analysis of the matter in Spain. In addition, this thesis advocates that a right for procreation or parenthood should be fulfilled by means of this contract. Principles such as altruism, the superior interest of the child or an access to this contract by everybody, married or unmarried -with limitations-, regardless its gender, should inspire a highly expected regulation from the social and cultural status quo point of view. It is believed that only its recognition respects the dignity of the surrogate mother as an individual holder of the fundamental right to self-determine its personality.

Key words: surrogate motherhood, dignity of the human person, free development of the personality, surrogate mother, intentional parenthood

ÍNDICE

1. Introducción (p. 2)
 - 1.1. Marco conceptual (p.2)
 - 1.2. Objetivos (p. 4)
 - 1.3. Metodología (p.4)
2. Orígenes e impacto en cifras en el contexto histórico actual español (p.6)
3. Concepto de gestación subrogada (p.9)
4. Clases (p.12)
5. El estado de la cuestión en España (p.14)
 - 5.1. Reconocimiento en España de la filiación internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado (p.14)
 - 5.2. Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (p.18)
 - 5.3. Implicaciones en España de las sentencias del TEDH (p.20)
6. Encaje constitucional de la gestación por sustitución (p.22)
7. Algunos principios que deben inspirar una posible nueva propuesta legislativa (p.35)
 - 7.1. Tres intereses que proteger con motivo de esta tipología de contrato (p.35)
 - 7.2. Altruismo (p.38)
 - 7.3. Colectivos con acceso a este contrato (p.42)
 - 7.4. El principio de protección al interés superior del menor y su concreción en el conocimiento por el hijo de sus orígenes en relación con su configuración como persona (p.44)
 - 7.5. Aspectos formales del procedimiento (p.46)
 - 7.6. Prohibición a solicitantes internacionales (p.47)
8. Conclusiones (p. 49)
9. Bibliografía (p.51)
 - 9.1. Doctrina y recursos de internet (p.51)
 - 9.2. Jurisprudencia (p.57)
 - 9.3. Legislación (p.59)
10. Anexos (p.62)

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Marco conceptual

Durante los últimos años ha venido aumentando exponencialmente la práctica de las técnicas de reproducción asistida a nivel internacional, tanto en las sociedades desarrolladas -casi siempre como “compradores” del servicio-, como en las sociedades menos desarrolladas -habitualmente “vendedores” del mismo-. Si bien hace unas décadas las personas/parejas con dificultades o imposibilidad para tener hijos debían resignarse a la adopción como único plan alternativo a su condición, los avances tecnológicos han abierto una puerta, sin duda, para que estas personas, estériles o infértiles, consigan ser padres por otras vías.

Como no podía ser de otro modo, estas técnicas han suscitado debates ideológicos, religiosos, jurídicos y éticos y, ante ello, y de cara a regular una cuestión complicada y polémica, al legislador no le queda más remedio que optar por una de las muchas soluciones presentadas basadas en los principios asentados en los valores fundamentales del ordenamiento jurídico que considere más adecuados, al igual que hizo con asuntos semejantes cuyos principios subyacentes son severamente cuestionados por aquellas posturas que no los comparten.

El legislador puede optar por una postura aperturista o conservadora, pero no puede, ante la complejidad del supuesto de hecho, adoptar una solución pasiva, ya que las normas de un país deben ser reflejo de la sociedad que regulan. Si bien se acepta la premisa de que el derecho va siempre por detrás de lo acaecido en sociedad, ello no significa que puedan tolerarse lagunas legales *sine die*.

Este es el caso de la gestación por sustitución en España, elemento principal de estudio de este trabajo de fin de grado, únicamente mencionada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), pese a la necesidad social de una regulación más extensa y que entre a solventar las cuestiones que, en la práctica, se suelen suscitar al respecto.

El legislador español tiene que posicionarse y elaborar una regulación *ad hoc* para la gestación por sustitución, al igual que hizo frente a otros temas ético-jurídicos que podían

presentar similares controversias -como, por ejemplo, el aborto- y que, en cierto modo, siguen suscitándose. Tanto para su aceptación como para su rechazo, el poder legislativo debe encontrar un encaje constitucional de cara a regular el negocio jurídico de la gestación por sustitución en cada una de sus cuestiones principales y accesorias puesto que, inevitablemente, nos afecta por ser paulatinamente más habitual en países de nuestro entorno como fruto de las recientes tendencias sociológicas actuales y los nuevos modelos familiares.

A lo largo del presente trabajo de fin de grado se pretenderá definir qué conocemos exactamente como gestación por sustitución y cuáles son sus diversas tipologías, así como abordar el delicado e incongruente -jurisprudencialmente- estado de la cuestión en España, que actualmente es tocante sobre manera en el ámbito del reconocimiento internacional de las filiaciones procedentes de países donde esta técnica está permitida – con más o menos requisitos-, pero que en el futuro promete tener una presencia mucho más notable. Del mismo modo, se argumentará qué principios deberían inspirar una ley de gestación por sustitución de la mano de la proposición de ley presentada por el partido político Ciudadanos. No obstante, este trabajo abordará una postura a favor de su regulación efectiva, por lo que no se centrará en una exposición argumentativa bien a favor bien en contra del negocio.

Es un hecho inobjetable la delicadeza de esta materia y el perjuicio de su ausencia regulatoria, que se traduce en una inseguridad jurídica rechazable desde el plano del principio de legalidad promulgado por nuestra ley suprema en su artículo 9.3. Y es que, en los supuestos de hecho que han llegado a nuestros tribunales, se han pronunciado soluciones incompatibles entre distintas sedes judiciales de importancia, como las diferentes salas del Tribunal Supremo. Asimismo, la doctrina no ostenta una postura unánime en cuanto a la admisión o no en Derecho español de la gestación por sustitución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha pretendido arrojar luz sobre una cuestión especialmente delicada. Lo cierto es que no será hasta la llegada a esta sede judicial de asuntos que le permitan pronunciarse sobre la gestación por sustitución de manera más extendida, que existirán numerosas dudas de interpretación en torno a la materia. No obstante, cabe destacar que estas resoluciones no han sido siempre respetadas por nuestro

Tribunal Supremo, vulnerando el precepto constitucional recogido en el artículo 10.2 de interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, entre los cuales se encuentra el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado efectivamente en 1979.

En este sentido, el grueso del trabajo pretenderá acometer un encaje constitucional de esta práctica, centrada, sobre todo, en los artículos 1.1, 10, 14, 15 y 39 de la Constitución Española de 1978, inspirándose en la doctrina, el derecho comparado, la proposición de ley de Ciudadanos y la filosofía del Derecho, rama del Derecho siempre prolífica en lo concerniente a los derechos fundamentales.

1.2. Objetivos

La gestación por sustitución es un tema de alto contenido polémico, que suscita grandes controversias debido a su problemática ética y jurídica. Como se anticipaba en el Marco Conceptual (*vid. supra*: 1.1. Marco conceptual), es preciso encontrar un encaje constitucional a este fenómeno en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea para su rechazo como para su aceptación, sin que sea aceptable una no pronunciación al respecto o una tan vacía que no dote de implicaciones de utilidad a la realidad social existente. Por ende, el trabajo tiene un objetivo exploratorio que pretenderá concretarse en un objetivo normativo de la materia de cara a ofrecer soluciones adecuadas a nuestra realidad contemporánea. En otras palabras, se argumentará cuáles son los preceptos constitucionales donde encaja el supuesto de hecho de cara a su admisión legalmente y, los principios accesorios que deberían desarrollarse a raíz de la misma desde un punto de vista de utilidad pragmática y legitimidad.

1.3. Metodología

Los objetivos expuestos y la materia de que versa este trabajo son -y me reitero con esta idea-, de una patente dificultad por su delicadeza social y ética y, por ende, jurídica. El sonado impacto de esta materia en los medios de comunicación por haber sido empleada

la técnica por personas de notoriedad pública, es el detonante para que todo el mundo opine en la práctica al respecto de la temática. Es por ello por lo que, sin llevar a cabo un exhaustivo y minucioso análisis de las diversas opiniones manifestadas actualmente por expertas autoridades en la materia, no es válida una opinión fundada en Derecho que, desde mi punto de vista, requiere de un análisis pausado y meditado, que permita exponer razonamientos con cierta lógica jurídica y que es, precisamente, lo que hacen estas autoridades, a las que se hará alusión.

En definitiva, para lograr la consecución de los objetivos expuestos se ha procedido a realizar un análisis de la literatura científica para definir el concepto de gestación por sustitución y sus diferentes clases, así como un análisis de la legislación, jurisprudencia y doctrina más significativas concernientes a la cuestión desde un punto de vista jurídico, de cara a la construcción de una opinión válida y fundada en derecho, a favor de la admisión de este negocio jurídico en Derecho Español.

2. ORÍGENES E IMPACTO EN CIFRAS EN EL CONTEXTO HISTÓRICO ACTUAL ESPAÑOL

En palabras de la Ley 35/1988¹, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, actualmente derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida:

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco.

Es comúnmente aceptado por la ciencia médica que la gestación por sustitución es una de las múltiples técnicas de reproducción asistida que existen en la actualidad, y es un hecho incuestionable el hecho de que se conoce hoy en día gracias a los frutos de los incansables avances en el campo de la Biotecnología y otras ciencias médicas. Estas técnicas se definen por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) -en inglés, WHO o *World Health Organization*-, como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye [...] el útero subrogado²”.

Pese a que en 1988 el legislador español considerase un avance de las sociedades contemporáneas la puesta en práctica de estas técnicas médicas, la aparición en concreto de la gestación subrogada se puso de manifiesto hace miles de años. Un ejemplo de ello se encuentra en uno de los relatos de la Biblia. Y es que esta recoge en el capítulo dieciséis del Libro del Génesis³ la historia de Sarai, Abram y Agar: puesto que Sarai, la mujer de Abram era estéril, Abram tuvo al hijo de ambos, Ismael, gracias a Agar, la sierva egipcia de Sarai. Aunque son evidentes las diferencias entre esta historia bíblica y la metodología que sigue la gestación por sustitución hoy en día, es posible afirmar que la idea de esta

¹ Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos

² (International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology, 2009, 2009)

³ Génesis 16:2 “Dijo entonces Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram al ruego de Sarai”.

técnica subyacía entre los de nuestra especie desde hace mucho tiempo.

Podemos situar el primer contrato de gestación por sustitución de la modernidad en el año 1980, cuando Elisabeth Kane, treintañera y madre de tres, se ofreció a gestar al hijo de una pareja de Kentucky, convirtiéndose en la primera madre gestante de los Estados Unidos⁴. Desde entonces, son numerosos los padres en todo el mundo que han acudido a este método para tener un hijo. Servicio Social Internacional, organización sin ánimo de lucro constituida en Suiza en 1924⁵, estima que, anualmente, nacen más de veinte mil niños a través de este método en el mundo⁶.

El alcance práctico de estas técnicas ha ido en aumento en los últimos años, puesto que “cada vez nacen más niños gracias a las técnicas de reproducción asistida”⁷. Como se afirmaba en el periódico *La Vanguardia* recientemente⁸, en España se han tramitado “979 inscripciones por gestación subrogada en los registros consulares del extranjero, siendo Estados Unidos el país que concentra un mayor número de registros en ese periodo, con 553”, todo ello entre 2010 y 2016. Más concretamente, dentro de Estados Unidos, California es el Estado al que más se acude para ejercer esta práctica por españoles, con 281 inscripciones, seguido de Chicago con 144. En Europa, Ucrania ocupa la primera posición con 231 casos.

Cabe apreciar como este método está a la orden del día en nuestro país frente a otros métodos a los que se ha acudido de forma más tradicional. La adopción, nacional como internacional, reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁹, tiene paulatinamente menos incidencia práctica en España y se encuentra en una fase decadente¹⁰: el número de adopciones internacionales ha caído progresivamente de 1.669 casos en 2012 a tan solo 799 en 2015, lo que supone un descenso de más de un 52% en tan solo tres años. La caída es

⁴ (Coles, 1988)

⁵ (Observatorio Internacional de Justicia Juvenil)

⁶ (International Social Service, ISS, 5 enero 2016)

⁷ (El Mundo, 2009)

⁸ (La Vanguardia, 2018)

⁹ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción

¹⁰ (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2017)

considerable si se tiene en cuenta que el número total de adopciones internacionales desde 1997 hasta 2016 ha sido de 54.261. En cuanto a las adopciones nacionales, cabe apreciar también una tendencia decreciente, interrumpida momentáneamente en el año 2015, año del último informe disponible del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: en el año 2015 se adoptaron 608 menores¹¹, mientras que en el 2014 fueron 606¹².

Entre los motivos que han ocasionado este descenso, cabría mencionar los numerosos requisitos exigidos a los adoptantes (una muestra de ello se encuentra en los artículos 175 y siguientes del Código Civil) y el trasfondo práctico que acarrear: la duración media de una adopción en España requiere de entre cuatro a ocho años¹³.

Procede argumentar, por ende, que las personas estériles acuden a otros métodos en sustitución a la adopción, puesto que las tendencias negativas que la caracterizan contrastan con el incremento de niños registrados por filiación por sustitución en España, como se ha probado con datos numéricos en este apartado, demostración de su repercusión en el contexto social actual.

No obstante, tal y como se recoge en el cuarto apartado del preámbulo de la Ley 21/1987¹⁴, dos principios fundamentales cimientan la adopción, y procede tenerlos en cuenta para el asunto que nos ocupa:

“la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución”.

¹¹ (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2017)

¹² (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2016)

¹³ (Blanco, 2017)

¹⁴ ⁹ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción

3. CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA

La gestación subrogada, también conocida como gestación por sustitución, maternidad por sustitución, maternidad portadora, maternidad sustituta, maternidad subrogada, o maternidad de encargo¹⁵, se da cuando una mujer (madre gestante) accede a gestar un feto para, una vez nacido, entregárselo a las personas que se lo han encargado (padres intencionales, padres de intención o padres comitentes), rechazando su derecho a la maternidad en favor de estos últimos¹⁶. Por tanto, madre suplente, madre gestante o *surrogate mother*¹⁷, en inglés, se define como aquella mujer que gesta un niño para otra persona con el compromiso previo al embarazo de entregarlo a otra persona tras el nacimiento del neonato.

Por su parte, el Comité de Bioética de España¹⁸ establece que tiene lugar la gestación subrogada como “cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad”.

Aunque en la práctica los términos se utilizan como sinónimos¹⁹, algunos autores²⁰ defienden la idoneidad de la denominación “gestación por sustitución”, al englobar la maternidad una realidad que no puede limitarse únicamente a la gestación y encontrarnos, precisamente, ante una mujer, la gestante, que sustituye a quien no puede hacerlo -al gestar un hijo para otro-. Asimismo, defienden que no es adecuada la denominación “gestación subrogada” por estar asociada con aquellos supuestos en los que la gestante aporta tanto la gestación como el material genético necesario para la misma, lo cual se circunscribiría solamente a uno de los dos tipos de gestación por sustitución.

No obstante, el Diccionario de la Real Academia Española²¹, define “madre” (proveniente del latín, *mater*) en su primera acepción como “mujer o animal

¹⁵ (La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo, 1994)

¹⁶ (López y López, y otros, 2017)

¹⁷ (Cashion, y otros, 2007)

¹⁸ (Comité de Bioética de España, 2017)

¹⁹ Como se aprecia, por ejemplo en (Jiménez Muñoz, 2012)

²⁰ (Gestación por sustitución: Realidad y Derecho, 2012)

²¹ (ASALE - RAE)

hembra que ha parido a otro ser de su misma especie” y, en su tercera acepción, como “mujer que ejerce las funciones de madre”. De esto se deriva que parece adecuado aceptar que maternidad y gestación son, en este contexto, sinónimos, y que es igualmente apropiada cualquier denominación, tal y como se hace en la práctica, al poder limitar el concepto de maternidad al de gestación.

El legislador español, en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida²², también se inclina por la denominación “gestación por sustitución”, si bien no entra a definir el concepto. Se limita a declarar nulo de pleno derecho todo contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Es decir, se postula a favor del principio jurídico “*mater semper certa est*”. La *ratio legis* de definir este concepto en dicha Ley reside en que la gestación por sustitución se engloba dentro de las prácticas de reproducción asistida, tal y como establece la práctica médica y la Asociación Española de Gestación Subrogada quien, por su parte, la define como:

“una técnica de reproducción asistida [...] (cuya) principal característica es la intervención de una tercera persona que, sometida a una FIV / ICSI queda encinta gracias al material genético proporcionado por los padres intencionales, bien propio, bien procedente de donación”²³.

Como apunta la doctrina²⁴, mientras no se regule de forma expresa el contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, será la jurisprudencia la que determine su posible eficacia así como sus pretendidas consecuencias jurídicas en España, lo que actualmente no arroja luz en demasía sobre la cuestión por haber resuelto en sentido contradictorio en lo relativo a la filiación derivada de nacimientos por convenio de gestación por sustitución en países donde se permite sendas Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

En este trabajo se emplearán indistintamente los términos “gestación subrogada”, “maternidad subrogada”, “maternidad por sustitución” o “gestación por sustitución”, al

²² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida

²³ (Agencia Española de Gestación Subrogada)

²⁴ (¿Prohibir o regular? El debate en torno a la gestación por sustitución, 2018)

ser los términos más frecuentemente empleados por la doctrina y la jurisprudencia²⁵.

²⁵ Entre otras, STJUE de 18 de marzo de 2014; STS 4205/2007, de 29 de noviembre

4. CLASES

Existen dos modalidades de maternidad subrogada. En primer lugar, se encuentra aquella por la cual la madre gestante es inseminada con el semen de la pareja de la mujer infértil y gesta el embrión hasta el parto, de modo que este es adoptado posteriormente por la pareja infértil. Se conoce como **maternidad subrogada tradicional, plena o total** (*traditional surrogacy*)²⁶ porque en esta modalidad la madre gestante es también la madre genética, al ser ella quién aporta su ovocito femenino para llevar a cabo la gestación del feto.

Un método menos frecuente, en segundo lugar, consiste en la obtención de un óvulo de la mujer infértil, para su fertilización con el espermatozoides de su pareja y su posterior colocación en el útero de la madre gestante²⁷. Esta modalidad se conoce como **maternidad subrogada gestacional o parcial** (*gestational surrogacy*)²⁸, ya que la madre gestante no aporta material genético alguno al feto. La inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la madre gestante explica que esta modalidad de gestación por sustitución cuente con mayor respaldo por parte de aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que la reconocen²⁹.

No obstante, el número de modalidades existentes puede multiplicarse, al poder ser aportado el gameto femenino o masculino, en ambas clasificaciones, por un tercero o donante³⁰, de tal forma que, o bien ambas partes implicadas, o los padres intencionales, en unos supuestos, o la madre gestante, en otros, no estén vinculados genéticamente con el feto.

Ambas intervenciones traen a colación numerosos debates legales y éticos que requieren que tanto las parejas como la madre gestante sean correctamente asesorados de modo que su consentimiento sea informado, así como que tengan certeza del contrato que se va a

²⁶ (Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?)

²⁷ ¹⁷ (Cashion, y otros, 2007)

²⁸ ²⁶ *Ibid.*

²⁹ ²⁶ *Ibid.*

³⁰ (La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler, 2011)

ejecutar, de cara a evitar posibles controversias. Una de las principales causas que ha traído a colación debates en torno a esta materia ha sido la abundancia de conflictos jurídicos entre la madre gestante y los padres intencionales, ya sea porque la madre no quería dar el niño a estos tras la gestación, como sucedió con *Baby M*³¹, porque los padres intencionales no querían al neonato por tener síndrome de Down³², o porque en ocasiones no se permite la inscripción del neonato en los registros de un país que no admite la gestación por sustitución³³.

³¹ (Basterra, 1987)

³² (BBC Mundo, 2014)

³³ (Pérez Colomé, 2017)

5. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

5.1. Reconocimiento en España de la filiación internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado

Al abordar el estado de la cuestión en España de la gestación por sustitución, hay que advertir que la mayoría de los posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales existentes se refieren al reconocimiento en España de filiaciones fruto de contratos realizados por nacionales españoles en países donde esta práctica está admitida por Derecho, ya sea Estados Unidos -en algunos Estados-, Grecia, Rusia o Ucrania, entre otros³⁴.

Como se aprecia en sendas sentencias³⁵, en los asuntos relativos al registro de filiaciones de hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución en el extranjero, la postura del Tribunal Supremo ha reiterado la nulidad de pleno derecho de estos contratos en nuestro ordenamiento, como se refleja en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida³⁶.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), por su parte, admite la validez y, por tanto, reclama la incorporación de estas resoluciones a la esfera jurídica española en el marco del reconocimiento internacional del Derecho Internacional Privado. En un contexto en el que varios encargados de Registros Civiles consulares habían denegado la inscripción de estos niños, manifestó la DGRN, en su Instrucción de 5 de octubre de 2010³⁷, confirmando lo dispuesto en la Resolución de 18 de febrero de 2009³⁸, y siendo reafirmada por el Informe de 11 de julio del 2014³⁹, que se debe inscribir a los niños nacidos “en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de

³⁴ ²⁶ (Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?) “En ciertos Estados, se admite de forma amplia esta figura, -tal es el caso de ciertos *States* de EE.UU., Ucrania, India y Rusia-. Otros, la aceptan bajo ciertos requisitos y condiciones, -*ad ex.*: Grecia, Israel y Reino Unido-. Un tercer grupo de Estados, en el que se integra España, no la admiten. Y finalmente, hay Estados que carecen de toda legislación al respecto”.

³⁵ STS 953/2016, de 16 de noviembre – LA LEY 177659/2016-; STS 897/2016, de 19 de octubre – LA LEY 159555/2016-; STS 881/2016, de 25 de octubre – LA LEY 181346/2016)

³⁶ ²² Art. 10, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida (LTRHA)

³⁷ (IDGRN, de 5 de octubre de 2010)

³⁸ (RDGRN, de 18 de febrero de 2009)

³⁹ Como pone de manifiesto la STS 881/2016, de 25 de octubre de 2016

gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna”.

La piedra angular sobre la que fundamenta la DGRN su posicionamiento es la plena protección jurídica del interés superior del menor, así como la protección de las madres gestantes, que se prestan a la gestación subrogada y rechazan su derecho como madres. El objetivo esencial de la Dirección es que puedan inscribirse en el Registro Civil español todos aquellos niños que cuenten con un progenitor de nacionalidad española, tal y como recoge el artículo 17.1 a) CC. No obstante, aclara que rechaza de plano que se dote de apariencia legal al tráfico internacional de menores y que el menor no pueda conocer su origen biológico.

Esta Instrucción, dictada en virtud del apartado segundo del artículo 9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴⁰, que establece que se deben inscribir los hechos y actos sucedidos fuera de España, cuando las inscripciones sean exigidas por Derecho español, así como el artículo 41 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil⁴¹, que otorga competencias de dirección superior a la DGRN, así como el Informe que lo ratifica, busca amparar los intereses mencionados *supra*.

Pues bien, establece la DGRN que para la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación subrogada hay que presentar, junto a la solicitud de inscripción, resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (vía exequátur), salvo procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, en cuyo caso bastará el reconocimiento incidental de la resolución a modo de requisito previo a la inscripción. El fundamento de esta exigencia se debe, en palabras de la DGRN, a que:

“permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el

⁴⁰ Art. 9, Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

⁴¹ Art. 41, Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

tráfico internacional de menores”.

Para la DGRN, la protección del interés del menor se garantiza, únicamente, mediante la “continuidad transfronteriza” de una filiación que se ha otorgado en un país extranjero, por lo que exige la “continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones”. Este principio se comenta con más profundidad más adelante (*Vid.* 7.4. El principio de protección al interés superior del menor y su concreción en el conocimiento por el hijo de sus orígenes en relación con su configuración como persona).

La postura de la DGRN también defiende la no vulneración del orden público español en caso de reconocimiento de este tipo de filiaciones. Esta opinión es compartida por expertos en materia de Derecho Internacional Privado⁴², que recuerdan que el control de orden público en sede de reconocimiento se debe analizar para cada caso concreto y no para la determinación en abstracto de la validez de una figura jurídica en general para nuestro ordenamiento. Por tanto, argumenta la doctrina⁴³ que la DGRN ha conseguido que numerosos supuestos de filiación acreditada en el extranjero puedan inscribirse en el Registro Civil español en casos en los que no existe ninguna vulneración del orden público internacional.

Todo ello pese a lo dispuesto por el Tribunal Supremo (TS) en su STS de 6 de febrero de 2014⁴⁴, reiterada por el ATS de 2 de febrero de 2015⁴⁵. El TS ratificó en estos pronunciamientos la doctrina judicial que se posicionaba por la no inscripción de la filiación jurídica, posicionándose a favor de la efectiva protección al principio fundamental de interés superior del menor, que consideran vulnerado en caso de inscripción. Es en dicha STS de 6 de febrero de 2014 donde el Tribunal Supremo considera que existen otros cauces para la óptima protección del menor: vía una acción

⁴² (Heredia Cervantes, 2013)

⁴³ (Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2015)

⁴⁴ STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014

⁴⁵ ATS, de 2 de febrero de 2015 (Rec. 245/2012)

de reclamación de paternidad⁴⁶, la adopción o el acogimiento familiar, figuras jurídicas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, si bien se debe tener en cuenta y ponderar la efectiva integración en el núcleo familiar de *facto*.

Cabría preguntarse si estas propuestas traídas a colación por el Alto Tribunal implican, desde una vertiente pragmática y jurídico-social, la misma protección que la admisión en nuestro Derecho de aquellas resoluciones que reconocen la filiación de un menor fruto de un contrato de gestación por sustitución, debido al tiempo que conlleva la tramitación efectiva de estos otros cauces propuestos. Hay posturas⁴⁷ que afirman estar en desacuerdo con la efectividad real de estos cauces de cara a la protección del interés superior del menor por la distinta protección que se ofrece al menor a su llegada a España, que es instantánea para la gestación subrogada y dilatada en el tiempo en el caso de tener que tramitar otro procedimiento alternativo.

No obstante, el *status quo* relativo al reconocimiento de gestaciones fruto de contratos realizados en países donde la técnica está admitida por Derecho dio un vuelco en el año 2016, a través de sendos pronunciamientos de la Sala Cuarta del Alto Tribunal. La STS 950/2017⁴⁸, reitera la doctrina expresada por la Sala en las STS de 25 de octubre de 2016⁴⁹ y 16 de noviembre de 2016⁵⁰, también reiterada anteriormente en la STS de 30 de noviembre de 2016⁵¹. Más específicamente, en el Fundamento de Derecho Segundo, recuerda que se ha sentado doctrina “en sentido favorable al reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad en supuestos de gestación por sustitución tanto si el solicitante es el padre biológico como si no lo es” lo que implica una admisión, por ende, tanto de la inclusión en nuestro Derecho de este tipo de filiaciones y sus efectos, como de una no diferenciación entre las distintas clases que puede haber de gestación subrogada (*Vid.* 4. Clases). En este sentido, fundamenta su resolución en los subsiguientes puntos:

“1º) Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz

⁴⁶ Alegando el art. 10.3 LTRHA: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁴⁷ ²⁴ En palabras de Pilar Benavente Moreda, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid (¿Prohibir o regular? El debate en torno a la gestación por sustitución, 2018)

⁴⁸ STS 950/2017, de 29 de noviembre (Rec. 1430/2016)

⁴⁹ STS 881/2016, de 25 de octubre – LA LEY 181346/2016

⁵⁰ STS 953/2016, de 16 de noviembre – LA LEY 177659/2016

⁵¹ STS 1021/2016, de 30 de noviembre – LA LEY 203120/2016

del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 de la Constitución, relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la ‘realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella’ (art. 3.1 del Código Civil).

2º) [...] esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnando con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores.

3º) Cuando el padre legal está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a la protección de la maternidad.

4º) En todo caso, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no puede perjudicar la situación del menor”.

En estos párrafos, la jurisprudencia social del Tribunal Supremo recuerda que la primigenia nulidad del convenio de gestación por sustitución no es absoluta ni excluyente de cualquier efecto jurídico, y que la nulidad es radical tan solo en los casos en que se aprecie un elemento que induzca a pensar que podrían haberse dado conductas fraudulentas o, incluso, delictivas⁵².

A la luz de estos fundamentos cabe afirmar que la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, equipara la protección debida a la protección de la maternidad y paternidad para los negocios jurídicos de la gestación por sustitución con la adopción y el acogimiento, todo ello en protección del interés superior del menor.

5.2. Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) aglutina las siguientes sentencias en materia de gestación por sustitución, relativas en su mayoría al

⁵² ⁴⁹ *Ibid.* STS 881/2016, de 25 de octubre – LA LEY 181346/2016

reconocimiento de la filiación fruto de un convenio de gestación por sustitución realizado en país donde la práctica está admitida legalmente por Derecho. Estas son:

- STEDH de 26 de junio de 2014, *Menesson* contra Francia⁵³
- STEDH de 26 de junio de 2014, *Labasse* contra Francia⁵⁴
- STEDH de 21 de julio de 2014 de *Foulon y Bouvet* contra Francia⁵⁵
- STEDH de 19 de enero de 2017, *Laboire* contra Francia⁵⁶
- STEDH de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli* contra Italia⁵⁷

El TEDH, en sendas Sentencias de 26 de junio de 2014 (Asuntos *Menesson* contra Francia y *Labassee* contra Francia), y en el mismo sentido en el Asunto *Foulon y Bouvet* contra Francia, así como en el Asunto *Laboire* contra Francia, declaró que el no reconocimiento de la relación de filiación entre los niños nacidos en un país extranjero mediante contrato de gestación subrogada y los padres de intención que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación admite la legalidad de tal filiación declarada mediante sentencia judicial, vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos⁵⁸, que dispone en su apartado primero que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”⁵⁹.

En efecto, en el apartado 97 del Asunto *Menesson* contra Francia, el TEDH declara que no ha habido violación del artículo 8 de la Convención en lo que respecta al derecho al respeto a la vida familiar, pero considera que “ha habido una violación del artículo 8 de la Convención en lo que respecta al derecho [...] al respeto de su vida privada”⁶⁰. Y es que, el TEDH dispone que, si bien el artículo 8 de la Convención no garantiza el derecho a adquirir una determinada nacionalidad, no deja de ser cierto que la nacionalidad es un

⁵³ STEDH de 26 de junio de 2014

⁵⁴ STEDH de 26 de junio de 2014

⁵⁵ STEDH de 21 de julio de 2014

⁵⁶ STEDH de 19 de enero de 2017

⁵⁷ STEDH de 24 de enero de 2017

⁵⁸ (Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución, 2015)

⁵⁹ (Convenio Europeo de Derechos Humanos)

⁶⁰ (La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española)

elemento de la identidad de una persona. Como en el supuesto de hecho planteado varias de las partes se enfrentan a una considerable incertidumbre en cuanto a la obtención del reconocimiento de la nacionalidad francesa, el Tribunal estipula que puede llegar a tener repercusiones negativas en la definición de su identidad personal, vulnerando el respeto a su vida privada.

Por otro lado, es importante, como manifiesta la doctrina⁶¹, que:

“por medio de esas dos resoluciones del TEDH, asuntos *Menesson* y *Labassee*, se vino a reconocer que los Estados tienen plena capacidad jurídica para dictar disposiciones legales que admitan y respalden la gestación por sustitución, o bien la prohíban, imponiendo sanciones penales o administrativas a los progenitores, permitiéndose, además, una tercera vía, la de ignorar su desarrollo en el marco normativo, pero esta conlleva un problema, porque la gestación por sustitución es una práctica que no entiende de fronteras y los progenitores buscarán la solución más viable para poder realizarla, equivocándose el estado cuando no la regule o ponga trabas a los reconocimientos de los derechos de los menores o bien de sus progenitores”.

Estas palabras suponen una crítica al estado de la cuestión en España, carente de regulación expresa, y que busca ser replanteado con la proposición de ley de Ciudadanos⁶², al que ya nos hemos referido (*Vid.* 1.1. Marco conceptual).

Cabe mencionar como, en las citadas sentencias, el TEDH establece que la aceptación en un Estado parte de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución y que consta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino⁶³.

Por otro lado, mencionar que en el Asunto *Labassee* contra Francia, el TEDH introduce los daños morales y su cuantificación para estos supuestos.

5.3. Implicaciones en España de las sentencias del TEDH

⁶¹ (La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española)

⁶² Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos

⁶³ ⁴³ (Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2015)

Fue a raíz de las resoluciones judiciales europeas anteriores que la DGRN emitió el ya citado Informe de julio de 2014, reiterando la validez de lo que ya había dispuesto. Y es que, a la luz de estas Sentencias, la DGRN alegó que no se debía tener en cuenta la posición del Tribunal Supremo emitida en 2014 en la práctica jurídica española - recordando, además, que un único pronunciamiento no sienta jurisprudencia-, sino las sendas sentencias emitidas por el Alto Tribunal Europeo.

Siguiendo este pronunciamiento, se volvió a pronunciar el Tribunal Supremo, en ATS de 2 de febrero de 2015, también ya mencionado *supra*. En ella, el TS ratificaba la validez de la STS de 6 de febrero de 2014, por considerar que no se vulneraban en caso del no reconocimiento de la filiación fruto de gestación por sustitución ni el artículo 24, referente a la tutela judicial efectiva, ni el 14 ni el 18.1 de la Constitución Española, sino que se respeta el derecho a la vida privada de los menores y la determinación de su identidad, fallando en contra de lo dispuesto por el TEDH. No obstante, todo ello ha sido dejado atrás por la Sala de lo Social de este Tribunal desde 2016.

Como ha quedado de manifiesto, la DGRN, el TS y el TEDH han sostenido tres posturas distintas en cuanto a la procedencia en Derecho del reconocimiento de la filiación legalmente establecida en otro Estado en virtud de contrato de gestación por sustitución y de sus efectos en la esfera jurídica española.

6. ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Si bien existen numerosos pronunciamientos por nuestros juzgados y tribunales relativos al estado de la cuestión desde una perspectiva civil -más concretamente, de derecho de familia- y de reconocimiento internacional de resoluciones (*vid.* 5.1. Reconocimiento en España de la filiación internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado), no existe ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) relativo al negocio jurídico de la gestación por sustitución. Es relevante puesto que, en caso de que este negocio jurídico fuese regulado en nuestro país, la materia sería claramente tocante a derechos fundamentales que serían objeto de protección, garantía e interpretación por parte de este tribunal.

El TC, regulado en el Título IX de la Constitución Española (CE), es competente para conocer “del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2” de la CE, tal y como dispone el artículo 161.1 b) CE. El artículo 53.2 recoge, a su vez, que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I en un procedimiento caracterizado por su preferencia y sumariedad frente a los Tribunales ordinarios y, en su caso, vía recurso de amparo ante el TC, todo ello inspirado por el derecho a garantizar una tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) como principio de suma importancia dentro de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Por tanto, la norma suprema de nuestro Ordenamiento Jurídico confiere el papel de garante de la Constitución a este órgano, que es también el “intérprete supremo de la Constitución”, en virtud del artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁶⁴.

Cabe en este apartado preguntarse si existe un encaje constitucional de la gestación por sustitución como supuesto de hecho vinculado con alguno o varios de los derechos fundamentales que recoge nuestra norma suprema. En un mismo sentido, dilucidar si efectivamente se puede deducir un derecho a la maternidad y paternidad, o más concretamente, un derecho a la procreación, podría traer luz sobre la cuestión que en este trabajo se plantea y que es objeto de numerosos debates éticos y jurídicos. Por otro lado,

⁶⁴Art. 1, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, Del Tribunal Constitucional.

será presumible que exista un conflicto de derechos fundamentales, pero se deberá ponderar cual de ellos subsiste frente al otro. Los derechos fundamentales tienen una alta relevancia, así como protección, pero no son derechos absolutos y tienen límites. Es decir, que tienen delimitaciones en sí mismos. Ante un conflicto de derechos, habrá que examinar el caso particular de cara a valorar los límites de los derechos en concreto, y resolver conforme al principio de proporcionalidad.

Cuando el asunto de la gestación por sustitución ha sido presentado frente a los tribunales, la doctrina⁶⁵ se ha preguntado si efectivamente el artículo 39⁶⁶, de protección a la familia y a la infancia, engloba también un derecho a la maternidad y paternidad al proteger igualmente su vertiente social. El hombre requiere de una colectividad de personas en su día a día para sentirse en plenitud, y no podemos negar la importancia que la familia tiene en nuestras vidas dentro de dicho conjunto de personas. Esto ya lo defendía Aristóteles en el siglo IV A.C.⁶⁷ al postular que “si cada uno viviera solitario no podría bastarse a sí mismo” y que, en consecuencia, “todos los hombres, pues, tienen naturalmente este deseo de vivir en semejante compañía”. En el sentido más aristotélico del fenómeno, las personas necesitamos vivir y desarrollarnos en sociedad para alcanzar nuestra mejor potencialidad, y siendo la familia una pequeña sociedad, no podemos negar la repercusión y trascendencia que tiene la maternidad y paternidad en cada persona individualmente considerada.

Del mismo modo, en el artículo se pretende la protección económica de la familia. Si traemos a colación el hecho de que numerosos españoles acuden hoy en día a la gestación por sustitución en países donde es legal, como se ha puesto de manifiesto (*vid.* 2. Orígenes e impacto en cifras en el contexto histórico actual español), se podría plantear la existencia de una falta de protección económica a las familias españolas que se ven obligadas a acudir al extranjero para ver cubierto su derecho -en caso de reconocerse

⁶⁵ (La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, 2017)

⁶⁶ Art. 39 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad; 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

⁶⁷ (Aristóteles, S.IV A.C.)

como tal-. Y es que, como continúa recogiendo este artículo, se garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, por ser iguales ante la ley. De este modo, ¿no estarían los poderes públicos discriminando a los hijos que nacen por esta técnica al no dotarles de la protección que debe inspirar su actividad? Debe ser algo que los poderes públicos deben considerar debido a los costes que esta técnica supone, y que en ocasiones supera los 100.000 euros⁶⁸.

Aunque el artículo 39, por estar recogido dentro del Capítulo III, no obliga a los poderes públicos, sino que tan solo les debe inspirar en su actividad, su vinculación con el artículo 14 CE, de vital importancia en nuestro ordenamiento, hace que efectivamente se dé una ausencia de protección en el seno de estas familias -como argumentamos-, que ven quebrados sus derechos constitucionalmente garantizados cuando deben acudir al extranjero, pagando un precio, para optar por esta técnica de reproducción asistida para ver manifestado su derecho. En caso de que el contrato de gestación subrogada no se regulase en España, se originaría una discriminación económica a favor de aquellos con más recursos y se perjudicaría a los menos favorecidos. El derecho a la igualdad, tanto formal como material, se ve quebrado debido a la imposibilidad que tienen estas personas de ver realizado su derecho, mientras que se otorga una considerable protección a aquellas personas que, por otros medios, sí pueden ser padres o madres.

Existe una desconexión de soluciones ante individuos que desean lo mismo y que, para mayor afronta, parten de una situación más desaventajada por razones fisiológicas o de orientación sexual. Se trata de individuos que desean manifestar uno de sus derechos fundamentales; un derecho que, de otro modo, no pueden ver materializado -y que las personas que no deben acudir a él no ven perjudicado-, ya sea por condiciones físicas como la infertilidad de la mujer por causas genéticas, enfermedades o por su edad, o el deseo de paternidad de parejas homosexuales⁶⁹ que desde la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio⁷⁰, pueden formar matrimonio, y que deben, de igual manera, poder concretar su derecho a la procreación como aquí defendemos.

⁶⁸ ¹¹⁴ (Compton, 2018)

⁶⁹ ³⁰ (La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler, 2011)

⁷⁰ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Por último, y en conexión con lo expuesto en este apartado, el artículo 39 CE aboga por la protección jurídica de la familia. Esta protección jurídica implica dotar de seguridad jurídica a lo que se ha comentado. En este sentido, recordar que tan solo mediante una regulación de este fenómeno, de carácter internacional, dotaríamos de protección efectiva a las familias españolas en el seno de la filiación, si bien, cabe recordar que, de nuevo, el artículo 39 CE solo inspira a los poderes públicos en su actuación.

Cabe analizar también, por sus implicaciones en el negocio jurídico en cuestión, el artículo 10.1 CE⁷¹, que hace referencia en lo que nos atañe, en primer lugar, al respeto a la dignidad de la persona y, en segundo lugar, al libre desarrollo de la personalidad.

La dignidad de la persona es uno de los valores “inherentes” a las personas, como quedó establecido en la STC 53/1985, de 11 de abril (Fundamento Jurídico 3)⁷², sentencia que también declaró que es el derecho que fundamenta el orden jurídico como presupuesto para el ejercicio de nuestros derechos, tal y como se desprende de su colocación constitucional como pórtico inspirador de todo el Título I:

“la relevancia y la significación superior (de este artículo) [...] se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos fundamentales [...] lo que muestra que dentro del sistema constitucional (es considerado) [...] el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”.

Por ende, consiste en el derecho de cada cual a “determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás”⁷³. No obstante, como recuerda el TC en su STC 120/1990⁷⁴, ello no implica que cualquier limitación a su ejercicio dé lugar a un status de indignidad, por lo que limitarlo en ciertos supuestos de confrontación de derechos sería legítimo:

“no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un

⁷¹ Art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁷² STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3º)

⁷³ (Merino Norverto, y otros)

⁷⁴ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 4º)

estado de indignidad [...]”⁷⁵,

Sin embargo, como continúa diciendo esta sentencia⁷⁶, el respeto a la dignidad de la persona constituye un “minimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no deben conllevar menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, y que en cualquier caso se debe proteger. Dicha protección no admite matices, puesto que no hay grados dentro de la dignidad humana⁷⁷.

De cara a conseguir protección del TC, la dignidad no es un derecho fundamental garantizable de manera autónoma, sino que debe manifestarse respecto a algo o respecto a una situación concreta. En la práctica, implica que cualquier violación de un derecho fundamental acarrea, asimismo, una violación a la dignidad de la persona. En definitiva, no cabe alegar de cara a reconocer un derecho a la maternidad y a la paternidad una vulneración de la dignidad de la persona, sino que habrá que encajar este derecho, susceptible de protección en nuestra opinión, junto a otro derecho fundamental efectivamente garantizable de forma autónoma:

“sólo en la medida en que tales derechos sean susceptibles de amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser esta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan”⁷⁸.

En cualquier caso, cabe recordar que el artículo 10.1 CE “no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo”⁷⁹ por imperativo del artículo 53.2 CE. En otras palabras, precisa de un derecho fundamental como vehículo para su defensa.

Para el asunto que nos ocupa, el respeto a la dignidad de la persona se presenta acompañado de: 1) el respeto al libre desarrollo de la personalidad, 2) el derecho a la libertad en la elección de la filiación de los hijos -con límites- y 3) la protección de la

⁷⁵ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 4º)

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ ⁷³ (Merino Norverto, y otros): “la dignidad humana no admite grados, por lo tanto, todos los seres humanos, por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad, sin que pueda devaluarse la dignidad del individuo [...]. Por último, la dignidad humana es irrenunciable, indisponible y se conserva hasta el mismo momento de la muerte”

⁷⁸ ⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁹ STC 57/1994, de 28 de febrero (FJ 3ºA)

familia, aunque con una menor relevancia a efectos de su defensa por estar englobado fuera del núcleo principal de derechos de nuestra Constitución.

El artículo 10.1 CE también recoge el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque como bien jurídicamente protegido no queda determinado en contenido en el texto constitucional, la doctrina⁸⁰ considera que “desarrollar la personalidad es desarrollar las condiciones de ser humano, las notas que definen precisamente su condición”. En este sentido, cabría preguntarse qué mejor desarrollo del ser humano se puede plantear que el hecho de procrear, sea o no genéticamente mediante ovocitos propios, y ser padre o madre. En el mismo sentido, este derecho “implica que el individuo es dueño de su propio proyecto vital”⁸¹. Otros autores⁸² definen el concepto de “libre desarrollo de la personalidad” como “la libertad general de acción que corresponde al individuo en cuanto que éste tiene el deber de formar su propia personalidad moral” y le otorga la nota de concepto dinámico, consustancial al ser humano -que es algo estático-, y que se refiere a la capacidad de cada uno de concretar su personalidad libremente. Ambas definiciones parten de un mismo origen: la libertad. Esta viene recogida en nuestro ordenamiento jurídico como principio inspirador de todo el sistema (artículo 1.1 CE) y encuentra aquí, de la mano del derecho a la dignidad, una concreción en su contenido. Como recuerda asimismo Robles Morchón⁸³, solo a través de la libre elección se puede construir la esencia de la personalidad moral pero, sin embargo, tiene límites y una exigencia: el respeto a la libertad de los demás y al contenido normativo del ordenamiento jurídico existente.

A la hora de ponderar derechos fundamentales en un conflicto entre los mismos, el TC⁸⁴ ha manifestado que tan solo se debe sacrificar el libre desarrollo de la personalidad en la medida que sea estrictamente indispensable valorando “la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego”. En el asunto que

⁸⁰ (Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad, 2014)

⁸¹ (El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España, 2015)

⁸² (Robles Morchón, 1995)

⁸³ Ibidem

⁸⁴ STC 93/2013, de 23 de abril (FJ 8º)

nos atañe, esto implicaría que la nulidad de derecho del contrato de gestación por sustitución en España solo tendría cabida si se considerase proporcional y necesaria para atender el interés general de no elaboración de esta modalidad contractual.

Asimismo, en la STC 186/2013⁸⁵, más concretamente, en el Fundamento Jurídico Séptimo, recordó el Tribunal lo que es jurisprudencia constitucional reiterada:

“el ‘derecho a la vida familiar’ derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea [...] y su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE)”

En relación con la admisión en nuestro Derecho del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, la STC 198/2012⁸⁶, abogó por la “remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual y la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos al permitir el libre desarrollo de la personalidad”, admitiendo pues que la no permisión del desarrollo libre de la personalidad atenta contra la igualdad efectiva de los ciudadanos cuando tiene como causa una discriminación de facto por motivos reconocidos en el artículo 14 CE, como el sexo, la opinión o “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En el Fundamento Jurídico 11º de esta STC, se manifiesta que el respeto a la propia orientación sexual de este colectivo implica un respeto a su dignidad y personalidad pese a que admite que el mecanismo podría haber sido otro:

“[...] un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible”.

De lo expuesto se deduce que, en defensa del libre desarrollo de la personalidad, en conexión con el derecho a la dignidad de la persona (Art. 10.1 CE) y la libertad como

⁸⁵ STC 183/2013, de 4 de noviembre (FJ 7º)

⁸⁶ STC 198/2012, de 6 de noviembre (FJ 11º)

valor superior del ordenamiento (Art. 1.1 CE), la no admisión en nuestro derecho del contrato de gestación por sustitución implica una discriminación *de facto* hacia las personas que no pueden acudir a la gestación subrogada para sus potenciales hijos y manifestar su personalidad en la maternidad o paternidad a través de la única manera en que podrían hacerlo, con una protección e inclusión plenas y desde su nacimiento en Derecho Español. Por tanto, mediante la admisión de esta figura jurídica se eliminaría la discriminación de todas aquellas personas que por diversas causas no pueden gestar naturalmente a sus propios hijos y que no pueden desarrollar libremente su personalidad como consecuencia.

Si bien podría alegarse que el contenido del libre desarrollo de la personalidad nunca debe establecerse mediante una interpretación extensiva que dé cabida a sustentaciones que puedan vulnerar otros derechos fundamentales en su confrontación (en el sentido del artículo 20.4 CE), lo cierto es que la personalidad de una persona queda considerablemente determinada ante el nacimiento de un hijo. La maternidad y la paternidad son para muchas personas un atributo de su dignidad por ser parte de su personalidad y, por tanto, podría alegarse que el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico califique los contratos de gestación por sustitución como nulos de pleno derecho vulnera la dignidad de aquellas personas que encuentran en la filiación parte de la conformación de su personalidad.

No es casualidad, en mi opinión, que el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad estén dispuestos en la norma suprema en el mismo apartado del artículo 10, encabezando el Título I, que lleva como rúbrica: ‘De los derechos y deberes fundamentales’. La protección al libre desarrollo de la personalidad requiere de la aceptación de uno de los varios postulados del principio de dignidad, y esto es, que no se puede extraer la personalidad del hombre, puesto que es “irrenunciable e indisponible”⁸⁷. Desde un punto de vista iusnaturalista, los derechos cuya eficacia directa debe quedar en primer lugar garantizada, y que inspiran el resto de los derechos y deberes dispuestos en el Capítulo I, son aquellos que reconoce procedentes del Derecho Natural

^{87 77} (Merino Norverto, y otros)

y que simplemente debe recoger a efectos de corresponder los principios de legalidad y seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), tal y como defiende la teoría de la doble naturaleza de los Derechos Fundamentales (STC 25/1981, FJ 5º)⁸⁸.

No obstante, es posible encontrar más artículos que demuestren que el encaje de este negocio jurídico es posible, más concretamente dentro de la parte dogmática de la Constitución que es susceptible de ser objeto de recurso de amparo (Art. 53.2 CE). Estos preceptos operan de la mano y están conectado inevitablemente con los principios constitucionales ya recogidos. Serían el artículo 14 CE y el 16 CE, unido al principio institucional de la libertad del artículo 1.1. CE

Frente a los derechos aducidos, una postura que abogase por la prohibición de este negocio jurídico alegaría una argumentación sustentada en el artículo 15 CE y en que las personas están fuera del comercio y, consecuentemente, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas, lo que implicaría una nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución (Art. 1271 CC). No obstante, si se garantiza la autonomía, libertad e integridad física de la madre gestante a través de su consentimiento libre y válido en la suscripción del contrato, así como una primacía de sus intereses durante la gestación (*vid.* 7.1. Tres intereses que proteger con motivo de esta tipología de contrato), no cabría vulneración a su integridad física alguna. En este sentido: ¿se coerce más a la mujer cuando no se le impide ofrecer generosamente su cuerpo para traer vida al mundo o cuando se le da esta posibilidad? Lo cierto es que, en el conflicto de derechos presentado, la facultad de la madre gestante de decidir si ser o no madre gestante, sabiendo que en caso de aceptación cuenta con las suficientes garantías, debe subsistir frente a cualquier tipo de alegación en contrario.

⁸⁸ STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5º): “Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

Hay que advertir que lo planteado previamente serviría como fundamento suficiente de cara a una admisión en nuestro Derecho mediante una Ley Orgánica del contrato de gestación por sustitución. Este instrumento legal sería el necesario por ser la materia tocante a derechos fundamentales ex. artículo 81 CE, si bien requeriría de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados para su aprobación, con las dificultades políticas que eso comportaría actualmente debido a la configuración de las Cortes Generales tan plural y diversa fruto de las elecciones de 26 de junio de 2016 con la que cuenta nuestro país en la actualidad⁸⁹.

En el mismo sentido, se deberían tener en cuenta todas aquellas disposiciones -tratados y acuerdos internacionales- ratificados por España en lo tocante a esta materia. El artículo 96.1 CE dispone que “formarán parte del ordenamiento interno” los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, y deberán estar garantizados en su cumplimiento, ya sea por las Cortes Generales o el Gobierno, según corresponda (artículo 93 CE). Y no solo eso, sino que se interpretarán “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce” -premisa que aquí se pretende defender en cuanto a la gestación por sustitución-, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que España haya ratificado (artículo 10.2 CE).

No obstante, se debe aclarar que el artículo 10.2 CE no otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los tratados y acuerdos internacionales en los que España es parte en tanto en cuanto dichos derechos y libertades no se encuentren recogidos también en nuestra Constitución, tal y como manifiesta el Tribunal

⁸⁹ Acuerdo de 20 de julio de 2016, de la Junta Electoral Central, por el que se publica el resumen de los resultados de las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado convocadas por Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo, y celebradas el 26 de junio de 2016, conforme a las actas de escrutinio general y de proclamación de electos remitidas por las correspondientes Juntas Electorales Provinciales y por las Juntas Electorales de Ceuta y de Melilla (p. 3)

Constitucional en su sentencia número 36/1991⁹⁰ puesto que, en tal supuesto, carecería de sentido su inclusión en la Carta Magna⁹¹. Sin embargo, como continúa diciendo el TC, sí constituyen una fuente interpretativa:

"aunque los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad".

Son numerosos los textos que se han ratificado por España en lo referente a los derechos humanos en la esfera internacional, más aún si cabe tras el aperturismo posfranquista⁹². Es interesante mencionar los más relevantes tocantes a la cuestión que han sido más utilizados por el Tribunal Constitucional:

- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Se publicó su instrumento de ratificación en el BOE el día 10 de octubre de 1979⁹³. Tiene como intérprete al Tribunal Europeo de Derechos Humanos puesto que fue redactado por el Consejo de Europa. Como consecuencia, de cara a clarificar su contenido y límites, nuestro TC no suele remitirse al Convenio directamente sino a sentencias de dicho tribunal⁹⁴. Los

⁹⁰ STC 36/1991, de 14 de febrero (FJ 5º): "no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución".

⁹¹ STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 5º): "Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas".

⁹² (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación)

⁹³ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, de 10 de octubre de 1979

⁹⁴ Como se aprecia en numerosas sentencias: STC 65/1986, de 22 de mayo (FJ 4º), STC 26/2014, de 13 de febrero (FJ 4º) o STC 188/2013, de 4 de noviembre (FJ 1º)

artículos que más interesan de cara a abordar la cuestión son el 1 y el 8⁹⁵, este último, de gran relevancia en la argumentación del TEDH en cuanto al reconocimiento internacional de filiaciones fruto de contratos de gestación por sustitución en el ámbito europeo (como ha quedado de manifiesto *supra*; 5.2 Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

- Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Se publicó su instrumento de ratificación en el BOE el día 12 de enero de 1991⁹⁶.
- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Se publicó su instrumento de ratificación en el BOE el día 30 de abril de 1977⁹⁷. Los artículos que más interesa leer en este asunto son el 10 y el 15.1.b).
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Se publicó su instrumento de ratificación en el BOE el día 30 de abril de 1977⁹⁸. El artículo relativo a la cuestión es el 24.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la resolución 44/25 de la

⁹⁵ Art. 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁹⁶ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, 6 de mayo de 1999

⁹⁷ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, 30 de abril de 1977

⁹⁸ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, 30 de abril de 1977

Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 en Nueva York. Se publicó su instrumento de ratificación⁹⁹ en el BOE el día 31 de diciembre de 1990. De nuevo, los artículos que más interesan de cara a abordar la cuestión son: el 3, 7.1, 8, 9 y 21.

- 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 de 2000. Se publicó su instrumento de ratificación en el BOE el día 31 de enero de 2002¹⁰⁰. Interesan los dos primeros artículos de este.

Por todo lo anteriormente expuesto, queda de manifiesto que es posible una sustentación plausible y jurídicamente válida del contrato de gestación por sustitución. Esta es la postura defendida asimismo por parte de la doctrina¹⁰¹ desde hace ya tiempo, en favor de que el Derecho sirva al desarrollo del bienestar humano.

⁹⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, 31 de diciembre de 1990

¹⁰⁰ Instrumento de Ratificación 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, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, 31 de enero de 2002

¹⁰¹ (La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho, 2013)

7. ALGUNOS PRINCIPIOS QUE DEBEN INSPIRAR UNA POSIBLE NUEVA PROPUESTA LEGISLATIVA

Como pone de manifiesto la doctrina¹⁰², es necesaria una regulación, aunque con límites -severos e interpretables restrictivamente-, del negocio jurídico en cuestión de cara a alcanzar una ponderación equilibrada entre los derechos e intereses que están en juego en el mismo y que pueden entrar en conflicto eventualmente. Aunque una regulación restrictiva relegaría el número de contratos realizados en la práctica a una casuística ínfima, se debe propugnar una gestación por sustitución que no implique un abuso comercial, económico o ético por parte de los agentes implicados. De este modo, en la práctica tendrían lugar supuestos en los que la mujer gestante actúa generosamente, y no supuestos en los que es utilizada como instrumento en beneficio de la otra parte. Y es que esta es la única forma de mantener a salvo la dignidad (Art. 10 CE) así como la integridad física y moral (Art. 15 CE) de la madre gestante.

En el apartado anterior (*vid.* 6. Encaje Constitucional de la gestación por sustitución) se ha plasmado una opinión a favor de la existencia de un efectivo derecho a la procreación, aunque poco se ha comentado con respecto a los derechos con los que este contrato entraría en conflicto. Pues bien, uno de ellos sería la integridad física y moral de la mujer (Art. 15 CE). Este derecho, digno de protección por el TC por su posicionamiento junto a los derechos objeto de garantía vía recurso de amparo, debe, en nuestra opinión, ceder en este contrato en virtud de la autonomía que ostenta la mujer en cuanto a la elección del quehacer de su propio cuerpo. Esta autonomía, puesta de manifiesto a través del consentimiento libre, válido y eficaz para este negocio, debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en tanto en cuanto manifestación de su dignidad y libre desarrollo de su personalidad.

7.1. Tres intereses que proteger con motivo de esta tipología de contrato

¹⁰² (La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos, 2017)

La elaboración de un contrato de gestación por sustitución exterioriza las voluntades de dos partes: los padres intencionales y la madre gestante. No obstante, son tres los intereses que habrá que proteger, uno para cada fase que tenga lugar en el proceso.

La primera de ellas, referida al momento en que los padres intencionales deciden acudir a este método y hasta que se formaliza el contrato, la doctrina¹⁰³ considera que debe primar el interés de los padres gestantes que desean realizar su derecho a procrear a través del contrato de gestación por sustitución. Esto es, los padres intencionales, en cumplimiento de los requisitos de idoneidad que se recojan, deben poder acudir a una institución pública donde se les informe de los trámites a seguir, así como de sus derechos, deberes y responsabilidades.

Para ser padre o madre intencional, la proposición de Ley de Ciudadanos¹⁰⁴ recoge como requisitos, entre otros, la plena capacidad jurídica y de obrar, ser mayor de 25 años y menor de 45 años, y acreditar que se ostentan capacidad y motivación suficientes para ejercer la responsabilidad parental que se pretende. En este sentido, es más detallado su listado de requisitos que el reunido en la Iniciativa Legislativa Popular de la Asociación por la Gestación Subrogada en España¹⁰⁵.

Las causas por las cuales una persona o pareja no pueda gestar por su cuenta y se vea obligada a acudir a la técnica de reproducción asistida de la gestación por sustitución pueden ser muy diversas, por ejemplo: por no resultar fértil uno de los miembros de la pareja; por incapacidad de gestación, por enfermedad -cuando se transmita a sus descendientes, por ejemplo-, o en los supuestos de soltería; y la más importante a fecha de hoy, la que deriva de la Ley 13/2005¹⁰⁶, de 1 de julio, por la que se aprueba el matrimonio homosexual en España vía modificación del artículo 44 del CC, amparando asimismo el matrimonio entre personas del mismo sexo. La fundamentación de su importancia radica en el incremento, desde su aprobación, de los casos de gestación por

¹⁰³ ²⁴ Tal y como se puso de manifiesto en el debate acaecido en el Seminario (¿Prohibir o regular? El debate en torno a la gestación por sustitución, 2018)

¹⁰⁴ ⁶² Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos

¹⁰⁵ (Proposición de ley de gestación subrogada)

¹⁰⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

sustitución realizados por personas del mismo sexo, en el extranjero¹⁰⁷. Relativo a esto, se estipula en el artículo 8, apartado 3, de la proposición de Ley¹⁰⁸, que las parejas que deseen acudir a este método deben estar relacionadas reconocidamente por la Ley, ya sea mediante vínculo matrimonial o equivalente.

Pues bien, durante esta fase, los padres intencionales deberán llegar a un acuerdo con la madre gestante en los términos del contrato que sean dispositivos y en los que quepa la autonomía de la voluntad, y ambas partes deben aceptarlas libremente, de manera que el consentimiento sea válido y surta efectos. Esto se recoge en el apartado segundo del artículo 9 de la proposición de Ley¹⁰⁹.

La segunda fase comenzaría con la implantación embrionaria o inyección seminal a la madre gestante y finalizaría con el parto o nacimiento del feto, en caso de producirse. Durante esta fase, en un conflicto de derechos, debe primar sin excepción la protección de la madre gestante y la no perturbación de su integridad física (Art. 15 CE) en conexión con su dignidad como persona (Art. 10.1 CE). Cabría debatir hasta qué punto podemos llamar “madre” a una madre gestante que no aporta su gameto femenino de cara a la gestación por no estar vinculada genéticamente con el feto.

Por último, la última fase engloba el periodo de tiempo posterior al parto, es decir, el momento en que el neonato adquiere capacidad jurídica. En virtud del artículo 30 del Código Civil, “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Es un evento sustancial para este tipo de contratos puesto que determina un cambio en la balanza de intereses; es el momento a partir del cual comienza a primar el interés superior del menor frente a la

¹⁰⁷ (La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española)

¹⁰⁸ ⁶² Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos

¹⁰⁹ *Ibidem*. Art. 9.2 : ”El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes determinaciones: a) Identidad de las partes intervinientes; b) Consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes; c) Los conceptos por los cuales la mujer podrá percibir una compensación económica, conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de la presente Ley, y forma y modo de percepción de la misma; d) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán; e) Información sobre el seguro al que hace referencia el artículo 5.5 de la presente Ley; f) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación; g) Previsión del lugar del parto y de las circunstancias en las que el o los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hijos; h) Designación de tutor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 223 del Código Civil”.

protección debida a la madre gestante. Se hablará más del mismo en un apartado posterior (vid. infra. 7.4. El principio de protección al interés superior del menor y su concreción en el conocimiento por el hijo de sus orígenes en relación con su **configuración como persona**).

7.2. Altruismo

Cabe en este apartado plantear si los contratos de gestación por sustitución, caso de ser admitidos constitucionalmente por nuestro Derecho, deberían recoger una contraprestación onerosa o si, por el contrario, el precio debería ser prohibido como elemento del contrato.

Para el colectivo feminista, como ha manifestado¹¹⁰, posicionarse a favor o en contra de este tipo de contratos es una cuestión muy controvertida y de suma dificultad, puesto que esta práctica parece colisionar con sus principios más consustanciales. Por un lado, consideran que dar un precio a la madre gestante implica cosificar a la mujer, convertirla en mercancía y atentar contra su dignidad puesto que pasaría a ser un medio productivo o de “fabricación de niños” con el que asociaciones, comercios o personas jurídicas podrían potencialmente lucrarse¹¹¹. Si el aspecto económico fuese uno de los caracteres principales de este presunto negocio jurídico, es lógico pensar que tan solo las mujeres - o, al menos, la mayoría de ellas- que ostentan una posición económica desventajosa optarían por él de cara a contar con recursos económicos con los que satisfacer necesidades básicas propias o de sus allegados. Un precio desprendería una desprotección jurídica hacia estas personas, obligadas a gestar como medio de salir adelante. Por otro lado, este colectivo defiende que la mujer -la madre gestante, en concreto-, tiene derecho a elegir cómo quiere usar su cuerpo, y si efectivamente lo quiere ceder para llevar a cabo una gestación mediante un contrato con los padres intencionales.

Frente a estas argumentaciones, se alega que se debe dar una contraprestación a la madre

¹¹⁰ (Pérez Oliva, 2017)

¹¹¹ (Carvajal, 2018)

gestante que, al fin y al cabo, está haciendo un servicio para los padres de intención, y que el riesgo que asume debe ser remunerado de alguna forma (*vid.* 7.2 Altruismo). Por ende, la cuestión que se plantea deviene bastante complicada.

Pues bien, si hemos de fijar las bases sobre las cuales ha de sustanciarse la regulación de este negocio jurídico, he de advertir que un contrato altruista, sin contraprestación, supone el único proceder viable para no convertir el cuerpo de las mujeres en un negocio del que se puedan beneficiar económicamente algunas personas, físicas o jurídicas. La madre gestante no debe contar con este contrato como una alternativa en la obtención de recursos económicos.

Cabe destacar que, al igual que la madre gestante se beneficiaría económicamente -con casi total seguridad- de un contrato oneroso, no quedaría exenta la madre intencional, en ningún caso, de un análisis de la intención posiblemente económica en la elaboración del contrato. Durante los últimos años, las empresas han venido fomentando la igualdad entre hombres y mujeres, aunque más en un plano formal que material, dejando de lado las diferencias que ciertamente diferencian ambos sexos. Y es que, se exige que las mujeres sean “masculinas” en el ámbito profesional, que dejen de lado lo que las diferencia por sus condiciones físicas. Con esto me refiero, por ejemplo, a los supuestos en que algunas compañías (como Facebook, Apple, Uber...) se ofrecen a congelar gratuitamente los óvulos de sus trabajadoras de cara a que tengan la posibilidad de ser madres en el futuro, con más edad, con el objetivo de no interrumpir su carrera profesional en la juventud si es su deseo¹¹². Esta alternativa, que se vende como generosa, no ataja el problema de raíz que supone laboral, social y económicamente para la sociedad la baja por maternidad -y, en un menor sentido, la de paternidad-, sino que se pospone la consecución de una solución que no altere a la mujer en su estado natural. En un contexto así, la gestación por sustitución puede ser la solución que permita a la madre intencional trabajadora no sacrificar su voluntad de ser madre ante la concepción como “pérdida de tiempo” que supone tener que estar de baja por maternidad en el entorno laboral.

Lo cierto es que hombres y mujeres son diferentes tanto física como emocionalmente y,

¹¹² (Lidón, 2018)

por ello, no se debe permitir que mujeres sanas acudan a este método para asemejarse a los hombres en cuanto a su condición de no gestantes biológicamente. La madre intencional no debe acudir a la gestación por sustitución para no cesar en su actividad profesional y poder continuar con sus actividades sin el “obstáculo” que supone un embarazo en sus quehaceres.

Otro argumento en contra de una contraprestación económica como elemento de estos contratos es que, desde una perspectiva Kantiana, el hecho de posibilitar que existiese un precio haría que las mujeres y su capacidad natural de gestar fueran empleadas como medios, y no como fines¹¹³. Y es que cada uno merece el respeto debido por el mero hecho de ser humano, lo que se haya por encima de toda contraprestación.

En resumen, frente a otras geografías donde acudir a la gestación por sustitución puede suponer un coste incluso superior a los cien mil dólares¹¹⁴, en España se debe abogar por un contrato lucrativo, sin precio. Como únicas contraprestaciones a la madre gestante deben constar los gastos de embarazo debidamente acreditados, el lucro cesante correspondiente a los meses de baja del trabajo de esta, así como el ser beneficiaria de un seguro de salud en caso de acaecimiento de problemas de salud de diversa condición durante la gestación, o tras el parto, y de un seguro de vida en suceso de muerte que recoja este tipo de contratos como causa¹¹⁵.

Por otro lado, como se ha puesto de manifiesto en otras regiones¹¹⁶, en aquellos países donde se ha creado una esfera comercial y un turismo gestacional en torno a este tipo de contrato, son numerosas las controversias que se han producido, lo que ha llevado a la censura de los contratos conocidos coloquialmente como de vientres de alquiler para extranjeros.

Otro argumento en contra del precio se encuentra en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución

¹¹³ (Kant, 2007): “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”

¹¹⁴ (Compton, 2018)

¹¹⁵ En este aspecto, estamos de acuerdo con la Proposición de Ley de Ciudadanos (Art. 5)

¹¹⁶ (Prieto, 2015)

infantil y la utilización de niños en la pornografía¹¹⁷, que entró en vigor en España en 2002, y que recoge en su artículo primero la prohibición de venta de niños, y que se define en el artículo dos 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”. En definitiva, una remuneración, ya fuera en dinero o en especie, a la madre gestante implicaría interpretar en sentido contrario este protocolo de las Naciones Unidas.

Es preciso traer a colación el Real Decreto 1723/2012¹¹⁸, que en su artículo 7 precisa la gratuidad de las donaciones en España. En este sentido, el primer apartado establece que “no se podrá percibir gratificación alguna por la donación de órganos humanos por el donante, ni por cualquier otra persona física o jurídica [...]”. Podría interpretarse analógicamente que no cabe tampoco gratificación alguna para la gestación por sustitución, que en términos burdos no es más que el “usufructo” de un órgano humano, el útero, frente una donación *ad eternum* de un órgano como ocurre en los trasplantes. Todo ello sin olvidar las implicaciones psicológicas que acaecen en la persona del donante -o la madre gestante- en ambos supuestos contrastados.

Como continúa diciendo este artículo en su apartado segundo, “[...] el principio de gratuidad no impedirá a los donantes vivos el resarcimiento de los gastos y la pérdida de ingresos directamente relacionados con la donación”. De nuevo, podemos argumentar jurídicamente a través de una interpretación analógica de este precepto legal que este debería ser el criterio a seguir por el negocio jurídico conocido vulgarmente como de los “vientres de alquiler”. En cuanto a la forma¹¹⁹, cuando la restitución sea procedente, esta deberá canalizarse a través de los mecanismos previstos por las autoridades competentes, de cara a evitar un mercado negro de órganos o, en lo que nos concierne, de “vientres de alquiler”. En otras palabras, de cara a evitar que se produzcan posibles contraprestaciones en negro, una entidad pública debería garantizar y verificar la veracidad de ciertos gastos y el cumplimiento de los requisitos estipulados por ley en los contratos de gestación

¹¹⁷ *Ibid.* ¹⁰⁰

¹¹⁸ RD 1723/2012, de 28 de diciembre

¹¹⁹ Art. 7.2 RD 1723/2012, de 28 de diciembre: “[...] cuando dicha restitución resulte procedente, habrá de efectuarse necesariamente a través de los mecanismos que se puedan prever a tal efecto por las administraciones competentes”.

subrogada.

En cualquier caso, defiende Vela Sánchez¹²⁰ que la obligación de compensación de los gastos producidos se mantiene aunque la gestación no culmine por causas no imputables a la mujer gestante, “esto es, por aborto espontáneo o inducido por circunstancia sobrevenida respecto de ella o del concebido”, para aquellas causas reconocidas legalmente en la conocida como Ley del Aborto (LO 2/2010)¹²¹ y no por el “ejercicio del derecho a abortar contemplado en nuestra legislación, en concreto en las catorce primeras semanas de gestación”. Esto es una manifestación práctica de la prevalencia de los intereses de la madre gestante durante la gestación del embrión (*vid. supra* 7.1. Tres intereses que proteger con motivo de esta tipología de contrato).

Finalmente, el apartado cuarto estipula la prohibición de exigencia de precio al receptor por el órgano trasplantado. Por ende, no cabría poner ni exigir precio al feto nacido de la madre gestante.

7.3. Colectivos con acceso a este contrato

Cuando las personas, ya sea solteras o con pareja, deciden tener hijos de manera natural o mediante técnicas de reproducción asistida, manifiestan su intención de materializar su derecho a procrear y ser padres o madres, en su caso. Trayendo a colación el argumento expuesto anteriormente (*vid.* 7.2. Altruismo), por el cual este contrato no debería servir para obtener un beneficio económico por cualquiera de las partes interesadas, considero que las mujeres con capacidad natural para ser madres no deberían tener acceso a este contrato. El motivo jurídico por el cual sustento esta opinión es que este negocio jurídico debe ser el último recurso al alcance de las personas para materializar su derecho por los riesgos y daños jurídicos que comporta en caso de uso pernicioso o por la mera posibilidad de que sea empleado maliciosamente.

¹²⁰ (Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, 2011)

¹²¹ Arts. 14 y 15, LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Reiterando una ausencia de voluntad discriminatoria, considero que las mujeres que, en su caso, quieran ver realizado su derecho, tienen la capacidad natural de conseguirlo y, si no es de manera natural, a través de técnicas de fecundación in vitro o inseminación artificial. La última instancia debe ser la gestación por sustitución.

Por el contrario, dándose por probado que efectivamente existe un derecho a la procreación, los hombres no cuentan con capacidad natural de gestar. En la STC 317/1994¹²², de 28 de noviembre, se recordó que en aquellos supuestos en que alguna norma producía efectos discriminatorios a un sexo y a otro no, la aplicación se ha concedido a ambos, y no se ha declarado nula la norma por discriminatoria. Por ende, en una concreción del principio de igualdad (artículo 14 CE), los hombres deben tener acceso a métodos que les permitan ser padres sin necesariamente estar con una compañera femenina que naturalmente se lo posibilite.

El argumento es, por tanto, que este es un método a través del cual garantizar el derecho a la procreación de las personas, siempre y cuando no puedan hacerlo a través de otros métodos, con la *ultima ratio* de no desvirtuar éticamente la finalidad que pretende la gestación por sustitución. En caso contrario, podrían darse casos en los que la madre de intención no buscara una realización de un derecho sino un beneficio económico-laboral. De ello se deriva que todos los hombres pueden acudir a ella mientras que las mujeres, para hacerlo, deben estar imposibilitadas para gestar ya sea por infertilidad o esterilidad, enfermedad, etc. En cualquier caso, no es un límite absoluto al acceso a la mujer a este método, puesto que todas aquellas que no puedan gestar no verían vulnerado su derecho a la procreación al poder igualmente acudir a este método.

Aunque imponer a las mujeres un requisito previo de prueba de su condición para acceder al método y esto pudiese suponer una desigualdad *de facto* para el colectivo femenino, en el conflicto de derechos que tendría lugar primaría la protección al reconocido derecho a procrear -utilizado en el sentido que de él se dedujese en la exposición de motivos de la

¹²² STC 317/1994, de 28 de noviembre (A 3º): “en todos los supuestos en que ha estimado que alguna norma jurídica suponía un efecto discriminatorio, la solución que ha dado no es entender que la norma sea nula, por tanto, ineficaz, sino que es nula la discriminación, esto es el hecho de que un determinado derecho se reconozca y conceda a un sexo y al otro no, considerando anulado ese efecto y, por tanto, entendiendo su aplicación al sexo discriminado. Para avalar su tesis cita entre otras la STC 68/1991”.

ley objeto de su regulación- frente a la autonomía de la mujer o el derecho a la igualdad material aplicable al supuesto. Así lo entiende la doctrina¹²³ cuando recoge los requisitos que deben reunir los solicitantes y es como se estipula en la proposición de ley de Ciudadanos¹²⁴.

Otra conclusión que se deriva de lo expuesto, como opinan otros autores¹²⁵, es que la gestación subrogada en España deberá exigir que al menos uno de los comitentes aporte su gameto (femenino o masculino) al embrión, puesto que, *sensu contrario* no tendría sentido el no acudir a otros procesos como la adopción, nacional o internacional. Opinamos en el mismo sentido con el objetivo de no extraer la finalidad de este contrato, esto es, tener hijos biológicos (en caso de parejas, al menos de uno de los miembros). Cabe recordar que este derecho no exige que sean hijos “perfectos” o a la “carta”, y se deben afrontar los mismos riesgos que caracterizan un embarazo y parto natural.

7.4. El principio de protección al interés superior del menor y su concreción en el conocimiento por el hijo de sus orígenes en relación con su configuración como persona

El principio del *favor minoris*, o interés superior del menor, es un concepto jurídicamente indeterminado de una compleja definición, como manifiestan algunos autores¹²⁶. La jurisprudencia, así como la doctrina¹²⁷ consideran que existe un encaje constitucional de este principio en los artículos 10 (dignidad de la persona y libre desarrollo de la

¹²³ ¹⁰² (La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos, 2017)

¹²⁴ Art. 8.1: “Podrá ser progenitor subrogante toda persona que, tras haber agotado o ser incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida, decide acudir a la gestación por subrogación, aportando su propio material genético [...]”.

¹²⁵ ¹⁰² (La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos, 2017)

¹²⁶ (El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo, 2013)

¹²⁷ (Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999), 1999)

personalidad) y 39 de la Constitución Española.

La compleja concreción de su definición no ha impedido que sea uno de los principios legales con más eco en la esfera internacional. A modo de ejemplo, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño manifiesta que el “interés superior del niño sea la consideración primordial” en todos los supuestos. En un artículo posterior de este mismo texto, el 7.1¹²⁸, este principio encuentra una concreción fundamental para los niños nacidos por gestación subrogada -o adoptados-, al abogar porque estos niños puedan, en la medida de lo posible, conocer a sus padres biológicos, derecho que debe ser velado por los Estados.

Esta misma concreción está regulada en nuestro ordenamiento interno en el artículo 180.6 CC y, en el mismo sentido, a modo de especificación, la ley 54/2007¹²⁹ reconoce el derecho del adoptado internacionalmente a conocer sus orígenes. Por otro lado, la DGRN, en su resolución de 5 de octubre de 2010¹³⁰, de cara a dotar de plena protección jurídica al interés superior del menor, exige que “no se haya vulnerado el derecho del menor de conocer su origen biológico”.

En definitiva, el interés superior del menor es un principio de orden público que se ha recogido por la legislación nacional y nacional y que debe ser aplicado prioritariamente por los tribunales, como lo ha hecho el TEDH, como “fuente de inspiración” a la hora de adoptar una resolución¹³¹.

Por tanto, en caso de que se procediera a regular este negocio jurídico en España, en defensa del menor, cuyo interés debe ser primar en todo caso, este deberá tener derecho

¹²⁸ Art. 7: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace [...] en la medida de lo posible, a conocer a sus padres [...]; 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera [...]”. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

¹²⁹ Art. 12, Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin”.

¹³⁰ ³⁷ (IDGRN, de 5 de octubre de 2010)

¹³¹ ⁶⁵ (La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, 2017)

a conocer la identidad de su madre gestante. Puesto que el menor tiene derecho a conocer a su madre, considero que el carácter anónimo o intrafamiliar del proceso, defendido por algunos autores¹³², carece de sentido. Si bien el anonimato evitaría el fraude económico del contrato por no poderse producir pagos en negro al no conocer los padres intencionales al eventual destinatario de los mismos, esta precisión quebraría la generosidad de la madre gestante con los padres de intención y la alejaría de un proceso sensible en el que participaría más aislada y fríamente lo que podría devenir en un mayor número de problemas en cuanto al consentimiento de esta.

A la luz de este principio, el Comité de Bioética de España¹³³ defiende que es de vital importancia la gestación dentro del proceso procreativo y que “la vida de cada ser humano no debe relativizarse y que, en consecuencia, se debe proteger el vínculo de cada ser humano con su madre biológica”, razón por la cual abogan por una prohibición de la gestación subrogada en interés del menor.

No obstante, cabe mencionar que la gestación por sustitución “no viola el interés superior del niño en tanto que éste nace en una familia que lo desea y no hubiese existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución”¹³⁴.

7.5. Aspectos formales del procedimiento

De cara a garantizar que el acceso a este tipo de contratos solo se realizara por aquellas personas que de cualquier otra manera no pudieran materializar su derecho a la procreación, sería necesario estipular una serie de pautas que reglamentasen el acceso efectivo únicamente de este colectivo. Si bien este punto entraría más a juego en una regulación más detallada, considero que este principio es sustanciación vital para determinar que los padres de intención y madre gestante ofrezcan un consentimiento válido en el supuesto de realizar un contrato de gestación por sustitución. Por ello, se

¹³² ¹⁰¹ (La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos, 2017)

¹³³ ¹⁸ (Comité de Bioética de España, 2017)

¹³⁴ ²⁶ (Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?)

aboga por el transcurso de un plazo mínimo desde la solicitud, a la aprobación del requerimiento y hasta el inicio del procedimiento¹³⁵, de manera que ambas partes puedan consentir eficazmente. En caso contrario, padres “impacientes” acudirían a este método sin tener realmente motivos para ello y madres gestantes accederían sin ser realmente conscientes de su significado e implicación.

En este sentido, sería preceptivo que un órgano de carácter público ya sea un juez¹³⁶ o un notario¹³⁷, diese validez o fe pública de un contrato válido entre las partes contratantes.

7.6. Prohibición a solicitantes internacionales

La laguna legal a nivel internacional de la gestación subrogada ha dado lugar al fenómeno del “turismo gestacional”¹³⁸ que, como hemos anticipado, ha suscitado numerosas controversias éticas y jurídicas (*vid.* 4.Clases) en supuestos donde ha existido alguna problemática de difícil solución entre las partes implicadas. Por este motivo, la Asociación por la Gestación Subrogada en España, en los artículos 3 y 4 de su proposición de Ley¹³⁹ para la gestación subrogada, aboga por un acceso a este método de padres intencionales españoles o que hayan residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato, y como contraparte, madres gestantes que, igualmente, hayan residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. Por su lado, la Proposición de Ley de Ciudadanos, se refiere asimismo a la nacionalidad española o

¹³⁵ Al igual que se pone de manifiesto en el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, en su artículo 8.6: “Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.”

¹³⁶ Como sucede en la donación de órganos (Art. 8.4 RD 1723/2012, de 28 de diciembre) y como aboga parte de la doctrina (¹⁰² (La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos, 2017)

¹³⁷ ¹⁰⁵ Como defiende la Asociación por la Gestación Subrogada en España en el artículo 6.1 de su proposición de Ley: “1. La mujer gestante por subrogación y el progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante notario -con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida- el contrato de gestación por subrogación [...]”.

¹³⁸ *Ibid.* ¹⁰² (La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos, 2017)

¹³⁹ ¹⁰⁵ (Proposición de ley de gestación subrogada)

residencia legal en España de ambas partes intervinientes (Arts. 7 y 8)¹⁴⁰. En el mismo sentido, parte de la doctrina¹⁴¹ defiende también que el bebé nacido a través de esta técnica debería permanecer en España sus primeros años de vida. Con el fin de que la residencia en España de alguna de las partes no tuviera como fin únicamente el acceso a este contrato, debiera ser preceptivo verificar su autenticidad y realidad fácticas.

La postura de la Unión Europea “condena cualquier forma de gestación por sustitución, dado que menosprecia los derechos todas las mujeres”¹⁴². Consecuentemente, una regulación que solo permitiese el acceso al contrato de gestación subrogada a españoles, así como a residentes en España, evitaría una posible alegación sustentada en la obstaculización de la libre circulación de personas característica del ámbito europeo por ser una de sus piedras angulares (Art. 3.2 TUE¹⁴³).

En cualquier caso, la erradicación del fenómeno del “turismo gestacional” se abordaría más adecuadamente mediante una regulación internacional de esta técnica de reproducción asistida.

¹⁴⁰ ⁶² Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos

¹⁴¹ *Ibid.* ¹⁰² (La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos, 2017)

¹⁴² (Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género, 2016)

¹⁴³ Art. 3.2 TUE/2010: “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

8. CONCLUSIONES

Parece que la complejidad de este tema aboca a que, una vez más, España se sitúe a la cola de los países en lo que se refiere a la regulación de una cuestión de notoriedad para la sociedad. La disconformidad existente entre los partidos políticos españoles de mayor presencia en las Cortes Generales hace que parezca inverosímil un acuerdo que permita aprobar una Ley Orgánica *ad hoc* que regule el contrato de gestación por sustitución¹⁴⁴, si bien no parece clara la postura de alguno de los partidos, lo que puede resultar en un escenario favorable y garantista, defendido en este trabajo.

Como algunas voces propugnan, es necesario que exista un debate político en torno a la cuestión ¹⁴⁵, ya que frente a los representantes que se posicionan en contra de su admisión en Derecho, la ausencia de regulación en cualquier ámbito jurídico y social siempre es un inconveniente. Como ha reivindicado Javier Maroto, vicesecretario de Política Social y Sectorial del Partido Popular, España debería ser “pionera en el ámbito de la gestación subrogada”, como lo fue en la donación de órganos o la adopción internacional¹⁴⁶.

En este trabajo se aboga por una regulación efectiva y garantista de este negocio de cara a salvaguardar un derecho con encaje constitucional en garantía de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la protección de la familia de los padres intencionales, así como la autonomía, libertad e integridad física de la madre gestante. En caso de que efectivamente se regule la gestación por sustitución, se aboga por una legislación inspirada en los principios aquí expuestos, aunque es incompleta, puesto que se podría seguir discutiendo acerca de aspectos formales del contrato, sanciones, si debe canalizarse la gestación a través de la sanidad pública o privada o el tan controvertido principio de irrevocabilidad del consentimiento. Es presumible que se den en la práctica conflictos de intereses que deberán ser resueltos conforme al interés a defender en cada fase del proceso.

Una vía de investigación a seguir consistiría en la búsqueda de una fundamentación, o

¹⁴⁴ ¹¹¹ (Carvajal, 2018)

¹⁴⁵ (Hernández, 2017)

¹⁴⁶ (Press, 2017)

bien la argumentación sustentada en los mismos artículos que se han desglosado, de un derecho a procrear de los ascendientes en general, y no solo de los padres intencionales. Este debate surge a raíz del nacimiento por gestación por sustitución de un niño motivado por la intención de sus cuatro abuelos en China¹⁴⁷. ¿Existe un derecho garantizable constitucionalmente a ser abuelo o abuela?

Como se ha argumentado, se debe promover una regulación de la gestación subrogada en el ámbito internacional de cara a eliminar los posibles abusos que puedan acaecer en los menores cuyos intereses deben ser protegidos y erradicar las oportunidades de negocio que esta técnica de reproducción asistida pueda generar. De cara al futuro, debemos adaptarnos al progreso y no dejarlo de lado, así como ser personas “no razonables”, aludiendo a la siguiente frase, de George Bernard Shaw, con la que nos gustaría cerrar este trabajo y que ilustra muy bien el supuesto de hecho desde nuestra postura:

“Un hombre razonable es aquel que se adapta al mundo alrededor de él. El hombre no razonable espera que el mundo se adapte a él. Por lo tanto, todo progreso es hecho por los hombres no razonables”.

¹⁴⁷ (Díez, 2018)

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. Doctrina y recursos de internet

Agencia Española de Gestación Subrogada. **Agencia Española de Gestación Subrogada.** [Citado el: 5 de Marzo de 2018.] <http://aeges.es/>.

Aristóteles. S.IV A.C. *La política por Aristóteles. Capítulo II.* Madrid: Nuestra Raza, S.IV A.C. págs. 16-17. <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/politicaAristoteles.pdf>.

ASALE - RAE. "Madre". *Diccionario de la Lengua Española.* [Citado el: 5 de Marzo de 2018.] <http://dle.rae.es/?id=NpxaH7S>.

Basterra, Francisco G. 1987. El juez niega la Custodia de 'Baby M' a su madre biológica. *El País.* 1 de Abril de 1987, 5 de marzo de 2018. https://elpais.com/diario/1987/04/01/sociedad/544226406_850215.html.

BBC Mundo. 2014. Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada. *BBC Mundo.* Última hora, 2014. 5 de marzo de 2018. http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm.

Blanco, Silvia. 2017. Gestación subrogada, el dilema de gestar al hijo de otros . *El País.* 19 de Febrero de 2017. https://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487346402_358963.html.

Carvajal, Álvaro. 2018. Portazo del PSOE y Podemos a la maternidad subrogada. *EL MUNDO.* 19 de Febrero de 2018, pág. 15 de marzo de 2018. <http://www.elmundo.es/espana/2018/02/19/5a8b3ba7e5fdea006e8b45cf.html>.

Cashion, Kitty, y otros. 2007. *Maternity and Women's Health Care.* St.Louis : Mosby Elsevier, 2007. págs. 207-208.

Coles, Robert. 1988. 'So, you fell in love with your baby'. *The New York Times.* 1988. 11 de marzo 2018.

Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género. 2016. *Opinión de la comisión de derechos de la mujer e igualdad de género para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2015.* Parlamento Europeo. 2016. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0345+0+DOC+XML+V0//ES>.

Comité de Bioética de España. 2017. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.* 2017. pág. 6; 30. http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.

Compton, Julie. 2018. For gay parents, first comes the baby — then comes the debt. *NBC News.* 22 de Febrero de 2018, pág. 14 de marzo de 2018. <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/gay-couples-having-kids-it-s-not-easy-or-hard-n850086>.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. European Court of Human Rights. [Citado el: 5 de Marzo de 2018.] https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España? **Hernández Rodríguez, Aurora.** 5 de marzo de 2018. 1989-4570, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vols. 6, nº 2, págs. 150-151. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264>

Díez, Pablo M. 2018. Tiantian, el “bebé milagro” de China, nace cuatro años después de la muerte de sus padres. *COPE.* 16 de Abril de 2018. Http://www.cope.es/noticias/mundo/tiantian-bebe-milagro-china-nace-cuatro-anos-despues-muerte-sus-padres_195966.

El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo. **Vela Sánchez, Antonio J. 2013.** 10 de abril 2018. 8162: LA LEY, 3 de Octubre de 2013, Diario La Ley, pág. 2. LA LEY 5167/2013.

El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España. **Alvarado Tapia, Katherine del Pilar. 2015.** [ed.] 14 de abril 2018. 2222-9655: Ius (USAT), 2015, Revista de Investigación Jurídica, pág. 5. <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper01.pdf>.

El Mundo. 2009. Aumenta el uso de la reproducción asistida. 29 de mayo de 2009. 11 marzo 2018.

Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. **Vela Sánchez, Antonio J. 2015.** 8600: LA LEY 5167/2015, 8 de Septiembre de 2015, Diario La Ley, págs. 1-7. 28 de febrero de 2018. D-321.

Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier. 2015.** 15 de Junio de 2015, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, págs. 53-54: 65. 1989-4570.

Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. **Lamm, Eleonora. 2012.** 1698-739X: Universitat Pompeu Fabra, 2012, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, pág. 4. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=3994926>.

Heredia Cervantes, Iván. 2013. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución.* s.l. : BOE: Anuario de Derecho Civil, 2013. págs. 701-712. Vol. LXVI, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_Direcci%F3n_General_de_los_Registros_y_del_Notariado_ante_la_gestaci%F3n_por_sustituci%F3n.

Hernández, Marisol. 2017. Feijóo promueve el debate sobre la maternidad subrogada. *EL MUNDO.* 23 de Julio de 2017, 17 de marzo de 2018. <http://www.elmundo.es/espana/2017/07/23/5973a9e0e5fdea377f8b458c.html>.

International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology, 2009. Zegers-Hochschild, F., y otros. 2009. 5: Elsevier Inc, Noviembre de 2009, Fertility and Sterility, Vol. 92, pág. 1521.

International Social Service, ISS. 5 enero 2016. *Urgent need for regulation of International surrogacy and artificial reproductive technologies.* 5 enero 2016. pág. 1. 4 abril 2018.

Jiménez Muñoz, Francisco Javier. 2012. *La reproducción asistida y su régimen jurídico.* Madrid : Editorial Reus, S.A., 2012. págs. 105-110.

Kant, Emmanuel. 2007. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres.* 10 de abril 2018. San Juan : Pedro M. Rosario Barbosa, 2007. pág. 42. http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf.

1993. *La Biblia.* 5. s.l. : La Casa de la Biblia, 1993. págs. 27-28.

La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. **Vela Sánchez, Antonio J. 2013.** 8055, s.l. : LA LEY, 4 de Abril de 2013, Diario LA LEY, Vol. LA LEY 1734/2013, págs. 1; 6-10.

La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre derechos y deseos. **Salazar Benítez, Octavio. 2017.** 99: UNED, mayo-agosto de 2017, Revista de Derecho Político, págs. 79-120.

La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. **Vela Sánchez, Antonio J. 2017.** 8927: LA LEY, 22 de Febrero de 2017, Diario La Ley, págs. 11-13. 10 de abril 2018. LA LEY 1450/2017.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. **Vela Sánchez, Antonio J. 2011.** 7608: Editorial La Ley, 11 de Abril de 2011, Diario La Ley, Vol. Doctrina. LA LEY 3302/2011.

La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española . **Río Santos, Fruela. 6,** Actualidad Civil, Vol. Sección Persona y Derechos. LA LEY 6710/2017.

La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. **Leonseguí Guillot, Rosa Adela.** 1994. s.l. : Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED: Facultad de Derecho, 1994, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, Vol. 7, págs. 317-338. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=175448>. 1133-1259.

La Vanguardia. 2018. España registró 979 inscripciones por gestación subrogada entre 2010 y 2016. <http://www.lavanguardia.com/vida/20180226/441110943094/espana-registro-979-inscripciones-por-gestacion-subrogada-entre-2010-y-2016.html>, 26 de Febrero de 2018. Mar 11, 2018.

Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. **Santana Ramos, Emilia M.** 2014. 14 abril 2018. 29, 24 de Junio de 2014, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), págs. 102-107. [file:///Users/Guioamar/Downloads/3245-14105-1-PB%20\(1\).pdf](file:///Users/Guioamar/Downloads/3245-14105-1-PB%20(1).pdf). 1138-9877.

Lidón, Inma. 2018. La congelación de óvulos en la empresa llega a España: ¿beneficio laboral o abuso? *EL MUNDO*. 18 de Enero de 2018. <http://www.elmundo.es/papel/historias/2018/01/08/5a52647ee2704eda078b4621.html>.

López y López, María Teresa, y otros. 2017. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Repositorio institucional E-prints Complutense, Comité de Bioética de España. 2017. págs. 3-4. <http://eprints.ucm.es/42816>.

Merino Norverto, María y Sieria, Sara. Sinopsis artículo 10 CE. [Citado el: 22 de Marzo de 2018.] <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>.

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. [Citado el: 15 de Abril de 2018.] <http://www.exteriores.gob.es/>.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2017. *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. 2017. pág. 38, Boletín número 18; Datos 2015. <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/pdf/Boletinproteccion18provisionalcorrecto.pdf>.

2016. *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia.* Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. 2016. pág. 37, Boletín número 17; Datos 2014. http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:d246e208-b2bd-4e1e-875c-a9440c6486c5/Estadistica_basica_de_proteccion_a_la_infancia_17.pdf.

2017. *Estadísticas de Adopción Internacional: Años 2012-2016.* s.l. : <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/img/2017estadistica2012-2016.pdf>, 2017. pág. 2. 5 abril, 2018.

Observatorio Internacional de Justicia Juvenil. [Citado el: 12 de Marzo de 2018.] <http://www.oijj.org/es/organizations/general/sevicio-social-internacional>.

¿Prohibir o regular? El debate en torno a la gestación por sustitución. **Salazar Benitez, Octavio, y otros.** 2018. Universidad de Alcalá : 2018.

Pérez Colomé, Jordi. 2017. “Tenemos un hijo por gestación subrogada y el cónsul no quiere registrarlo”. 28 de Mayo de 2017, 5 de marzo de 2018. https://politica.elpais.com/politica/2017/05/26/actualidad/1495818404_649808.html.

Pérez Oliva, Milagros. 2017. La gestación subrogada enfrenta a feministas y grupos LGTB. *El País.* 19 de Febrero de 2017, 20 de marzo 2018. https://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487334746_534707.html.

Press, Europa. 2017. Maroto apoya la gestación subrogada altruista y espera que el PP permita el voto en conciencia. *EL MUNDO.* 15 de Agosto de 2017, 17 de marzo de 2018. <http://www.elmundo.es/espana/2017/08/15/5992d9deca4741135c8b461a.html>.

Prieto, Mónica G. 2015. Tailandia dejará de ser el 'útero de alquiler del mundo'. *EL MUNDO.* 20 de Febrero de 2015. <http://www.elmundo.es/internacional/2015/02/20/54e71ac722601d981f8b456c.html>.

Proposición de ley de gestación subrogada. Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España. [Citado el: 14 de Abril de 2018.] http://xn--gestacionsubrogadaenEspaa-woc.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf.

Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. **Vela Sánchez, Antonio J. 2011.** 7621: LA LEY, 3 de Mayo de 2011, Diario La Ley, pág. 12. 14 de abril 2018. LA LEY 4965/2011.

Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999). **Ballesteros de los Ríos, María. 1999.** 13, Enero-diciembre de 1999, Derecho Privado y Constitución, págs. 71-72. 10 de abril 2018. <file:///Users/Guioamar/Downloads/Dialnet-ReclamacionDeFiliacionMaternaFrustradaPorNoSerPrac-182008.pdf>.

Robles Morchón, Gregorio. 1995. *El libre desarrollo de la personalidad:* Universidad de Alcalá, 1995. págs. 45-51. 978-84-8138-085-9.

9.2. Jurisprudencia

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 183/2013, de 4 de noviembre

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 188/2013, de 4 de noviembre

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 198/2012, de 6 de noviembre

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 236/2007, de 7 noviembre

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 26/2014, de 13 de febrero

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 317/1994, de 28 de noviembre

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 36/1991, de 14 de febrero

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 57/1994, de 28 de febrero

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 65/1986, de 22 de mayo

- España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 93/2013, de 23 de abril
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014, Rec. 245/2012 (LA LEY 2868/2014)
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 1021/2016 de 30 de noviembre de 2016, Rec. 3183/2015 (LA LEY 203120/2016)
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 950/2017 de 29 de noviembre de 2017, Rec. 1430/2016 (LA LEY 191919/2017)
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 881/2016 de 25 de octubre de 2016, Rec. 3818/2015 (LA LEY 181346/2016)
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 953/2016 de 16 de noviembre de 2016, Rec. 3146/2014 (LA LEY 177659/2016)
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 950/2017 de 29 de noviembre de 2017, Rec. 1430/2016 (LA LEY 191919/2017)
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 881/2016, de 25 de octubre de 2016, Rec. 1430/2016 (LA LEY 181346/2016)
- España. Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social). Sentencia núm. 25/1981, de 14 de julio
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Auto de 2 de febrero de 2015, Rec. 245/2012 (LA LEY 2301/2015)
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala Gran Sala (C-1667/2012). Sentencia de 18 de marzo de 2014 (LA LEY 18976/2014)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso *Laboire* contra Francia. Sentencia de 19 de enero de 2017
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia. Sentencia de 24 de enero de 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ITA%22%5D,%22appno%22%3A%5B%22%22%5D%7D>

2:[%2225358/12%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-172348%22]}

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso *Foulon y Bouvet* contra Francia. Sentencia de 21 de julio de 2014

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso *Labasse* contra Francia. Sentencia de 26 de junio de 2014

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso *Menesson* contra Francia. Sentencia de 26 de junio de 2014.
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:\[%22menesson%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-145389%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:[%22menesson%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-145389%22]})

9.3. Legislación

España. Acuerdo de 20 de julio de 2016, de la Junta Electoral Central, por el que se publica el resumen de los resultados de las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado convocadas por Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo, y celebradas el 26 de junio de 2016, conforme a las actas de escrutinio general y de proclamación de electos remitidas por las correspondientes Juntas Electorales Provinciales y por las Juntas Electorales de Ceuta y de Melilla. Boletín Oficial del Estado, 22 de julio de 2016, núm. 176.
http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/documentos/GENERALES_2016_Resultados.pdf

España. Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 11 de diciembre de 1958, núm. 296, p. 10.977 a 11.004

España. DGRN. Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 18 de febrero de 2009 (LALEY 15366/2009)

España. DGRN. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante

gestación por sustitución. Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2010, núm. 243, p. 84.803 a 84.805

España. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1977, núm. 103, p. 9.343 a 9.347

España. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1977, núm. 103, p. 9.337 a 9.343

España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 1990, núm. 313, p. 38.897 a 38.904

España. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Boletín Oficial del Estado, 10 de octubre de 1979, núm. 243, p. 23.564 a 23.570

España. Instrumento de Ratificación 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, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. Boletín Oficial del Estado, 31 de enero de 2002, núm. 27, p. 3.917 a 3.921

España. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 2005, núm. 157, p. 23.632 a 23.634 (LA LEY 1071/2005)

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida. Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126

España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 175

España. Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos

del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Boletín Oficial del Estado, 17 de noviembre de 1987, núm. 275, p. 34.158 a 34.162

España. Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 1988, núm. 314, p. 36.766 a 36.767

España. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2007, núm. 312

España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, Del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 5 de octubre de 1979, núm. 239

España. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial del Estado, 4 de marzo de 2010, núm. 55

España. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 8 de septiembre de 2017, núm. 145-1, p.1 a 12. Consultado en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

España. Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2012, núm. 313, p. 89.315 a 89.348

España. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Boletín Oficial del Estado, 6 de mayo de 1999, núm. 108, p. 16.808 a 16.816

Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010, p. C 83/17. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>

10. ANEXOS



MARÍA DÍAZ CREGO, Directora del Seminario *¿Prohibir o regular? El debate en torno a la gestación por sustitución*, organizado con cargo al Proyecto de investigación *Los derechos sexuales y reproductivos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Un análisis con perspectiva de género?*

HACE CONSTAR:

Que D^ª GUIOMAR CRUZ LÓPEZ DE OCHOA ha asistido al citado Seminario, celebrado el 9 de marzo de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

Alcalá de Henares, 9 de marzo de 2018.

A blue circular official stamp of the University of Alcalá, Department of Legal Sciences, with a signature written over it in blue ink. The stamp contains the text "UNIVERSIDAD DE ALCALÁ" and "Departamento de Ciencias Jurídicas".

Fdo. María Díaz Crego

Profesora Titular de Derecho Constitucional, UAH