



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Análisis de las cuestiones relativas al Contrato de Gestación Subrogada desde el punto de vista del Derecho Español así como los efectos previstos para el reconocimiento de filiación.

Autor: Covadonga Amparo Corell Perez de Rada
4º E1 BL
Derecho Civil

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid
Junio 2019

Resumen:

Quiero ser padre/madre. Es un deseo inherente al ser humano. Muchas personas se desarrollan desde pequeñas pensando en el día en el que lleguen a cumplir su aspiración de formar una familia, de tener descendencia a quien legar valores, conocimientos etc. Consideramos este un deseo muy loable, muy racional, pero, ¿hasta que punto pasa de convertirse de un deseo a un derecho?. Y, en el caso de que se llegue a considerar un derecho, cómo controlar que no produzca injerencias en otros ya reconocidos desde hace tiempo, cómo asegurarse de que la pureza de ese deseo se mantiene en el proceso. Cómo evitar desde un punto de seguridad jurídica que las ansias de unos se impongan sobre los derechos de otros.

En este sentido, a medida que la sociedad evoluciona y con ella, la ciencia pone a nuestra disposición nuevos recursos que nos permiten “jugar a ser Dios”, nos lleva a cuestionarnos si ¿Deberíamos desde un punto de vista jurídico poner límites a ese juego? O por el contrario, aprovechar todas las oportunidades de esquivar a la naturaleza en sus aspectos más crudos.

Estas son las cuestiones sobre las que se va a centrar el desarrollo de este trabajo, esclareciendo a su vez las soluciones que brinda nuestro ordenamiento, centrándonos especialmente en el supuesto de gestación por sustitución, de la que se derivan problemas filiación, pues como veremos pueden llegar a intervenir hasta 6; protección de los menores frutos de estos contratos; así como los posibles problemas de cosificación de la mujer, mercantilización de menores etc.

Palabras clave: *Maternidad subrogada, interés superior del menor, cosificación de la mujer, padres intencionales, reconocimiento de la filiación, contrato nulo, derecho identidad única.*

Abstract: I want to be a parent. This is a common human desire. A lot of us prepare ourselves from a very young age to the moment we actually do have our own family, our own children, in order to bequeath our life values, knowledge etc.

This is one very laudable and rational desire, but at what point does it becomes a right? And if this is so, how to prevent it from interfering with other already recognised rights? How does the jurisdiction grants the purity on the proceeding in order to fit with the purity of such desire?

While our society evolves, so does science, which gives us tools and means that in some cases allows us “to play God” , this is why we should ask ourselves where do we find limits to this game? Or if on the contrary we should take advantage of them so as to avoid some of most ungrateful natural aspects.

This Essay has the object to clarify the abovementioned matters as well the solutions granted by our legal system as for problems related with the action on filiation of a child born through surrogacy, (as we would see there can be up to 6 participants with rights to exercise this rights), child protection issues, and problems derived from the reification of the woman involved as the surrogate mother.

Key words: *Surrogate motherhood, bests interest of the child, women reification, intended parents, acknowledgement of parentage, contract null, unique identity right.*

INDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2.PRECISIÓN CONCEPTUAL Y TERMINOLÓGICA DE GESTACIÓN SUBROGADA.....	7
3. PRINCIPIOS	9
3.1 PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	9
3.2 DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA	10
3.3 LIBERTAD REPRODUCTIVA DE LAS PERSONAS	11
3.4 DERECHOS DEL NIÑO.....	12
4. SITUACIÓN EN ESPAÑA.....	14
4.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	14
4.1.1 LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y NORMAS DE DESARROLLO.....	16
4.2 REGULACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA: LEY 14/2006 26 MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y NORMATIVA COMPLEMENTARIA.....	19
4.3 SANCIONES.....	21
4.3.1 NULIDAD DE PLENO DERECHO CIVIL	21
4.3.2 SANCIONES PENALES	23
4.4 PRESTACIONES SOCIALES.....	24
4.4.1 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO	24
4.4.2 DOCTRINA TEDH.....	25
4.5 PERSPECTIVAS DE FUTURO	27
4.5.2 PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN 8 DE SEPTIEMBRE DE 2017.....	27
5. ADMISIÓN Y EFECTOS DECISIONES EXTRANJERAS.....	31
5.1 INTRODUCCIÓN : CRÍTICA STS 06/02/2013.	31
5.1.1 CONSECUENCIAS Y OTROS FENÓMENOS.....	35
5.2 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO (GRN).....	35
5.2.1 INSTRUCCIÓN DGRN 5/10/210.....	36
5.2.2 ISNTRUCCIÓN 14/02/19	38
5.2.3 INSTRUCCIÓN 18/02/19	38
6. DERECHO COMPARADO.....	40
6.1 REGULACIÓN DEPENDIENDO DEL GRADO DE LEGALIZACION.....	40
6.1.1 PROHIBICIÓN GENERAL.....	40
6.2.2 LEGALIZACIÓN MODALIDAD ALTRUISTA.....	41
6.2.3 LEGALIZACIÓN PRÁCTICA COMERCIAL.	42
6.3 TURISMO REPRODUCTIVO	43

7. ÉTICA Y MORAL	44
7.1 PROBLEMA ECONÓMICO	45
7.2 GESTACIÓN SUBROGADA FRENTE A LA ADOPCIÓN.....	46
7.3 IGLESIA CATÓLICA	48
8. CONCLUSIONES.....	48

LISTADO DE ABREVIATURAS:

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

CNRHA: Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

TS: Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derecho Humanos y Libertades Fundamentales.

EM: Exposición de Motivos.

TC: Tribunal Constitucional.

FJ: Fundamento Jurídico.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

LRC: Ley del Registro Civil.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

ADN: Ácido desoxirribonucleico.

RD: Real Decreto.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución social del hombre se ha caracterizado desde sus inicios por una confrontación entre “los progresistas”, siendo estos los aventureros, revolucionarios, visionarios etc. y “los conservadores” aquellos que se conforman con lo conocido, siguiendo el dicho *más vale malo conocido que bueno por conocer*. Pues bien, actualmente nos encontramos en un momento crítico, cuyo tema candente tratamos en este trabajo: La gestación por sustitución o más coloquialmente conocida como “vientres de alquiler”.

A día de hoy esta práctica no está permitida en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha prohibición deriva de la nulidad de pleno derecho que establece el artículo 10 de la Ley sobre reproducción asistida. Así mismo, el objeto del contrato es considerado ilegal por encontrarse fuera del comercio de los hombres.

Con la intención de entender la polémica suscitada en nuestra sociedad y, comprender el punto de inflexión en el que nos encontramos, debemos hacer referencias históricas y por ello contextualizarnos en el S.XX, siglo caracterizado por la vertiginosa velocidad en la que la ciencia avanza. A lo largo de este siglo, se llevaron a cabo varios descubrimientos caracterizados por la necesaria intervención de la mano humana y que se han convertido en prácticas rutinarias. Entre ellas destacan el descubrimiento de la penicilina (1.928), la realización de radiografías (1.895) así como las diferentes técnicas de trasplantes de órganos vitales tales como el corazón, riñón, hígado etc., que tuvieron lugar a lo largo de la década de los 50.

Como se desprende de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA, en adelante), en su Exposición de Motivos, a lo largo de la década de los 70 comenzaron a aparecer y desarrollarse estas técnicas abriendo nuevas posibilidades de solución al problema de la esterilidad para numerosas parejas afectadas por esta patología. Este último en especial, propició el nacimiento de numerosas teorías cuyo fin era dotar a la sociedad de la conciencia de una mala práctica, de establecer límites a estos avances, especialmente en lo referente a la biomedicina.

“Lo más difícil de aprender en la vida es qué puente hay que cruzar y qué puente hay que quemar”. Esta célebre frase¹ de Bertrand Rusell, retrata el momento de indecisión en el

¹ Molina, X., “Las 45 mejores frases de Bertrand Rusell, el filósofo británico”, *Psicología y mente*. (disponible en <https://psicologiymente.com/reflexiones/frases-bertrand-russell> ; última consulta 19/03/2019)

que el Estado Español se encuentra con respecto al tema de la maternidad subrogada. El objetivo de este Trabajo es poner de manifiesto la necesidad de una regulación legal en esta materia, que establezca los límites y parámetros legales sobre los que debería discurrir la práctica y, teniendo presente en todo momento el interés superior del menor sin olvidarse, claro está de los derechos de las personas intervinientes (madre gestante, padres de intención, etc). Dejemos claro desde el principio que si bien considero necesaria una regulación coronada por los derechos fundamentales inherentes a la persona que protegen a la mujer gestante y al niño en cuestión, no es porque esté de acuerdo en el sentido ético, ni porque considere “fundamental” el derecho a formar una familia a toda costa, sea cual sea el precio a pagar, si no para encontrar una solución al hecho de que entre 2010 y 2016 se han registrado 979 inscripciones por gestación subrogada en los registros consulares del extranjero, sin embargo según María Luisa Carcedo, actual ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social en España, afirma que esta práctica trae a España entre 700 y 1.000 niños nacidos al año.² Así como para poner fin a las prácticas clandestinas conocidas como “operación princesita” y, para evitar que las Agencias intermediarias se lucren sin estar sometidas a una regulación específica, aprovechándose de un deseo, el de formar una familia.

La sociedad está siguiendo un camino y la ley otro, por lo que es el deber del Estado proceder a su armonización y unificación. Así como garantizar la seguridad jurídica.

2.PRECISIÓN CONCEPTUAL Y TERMINOLÓGICA DE GESTACIÓN SUBROGADA

A lo largo de los años, varias son las definiciones y denominaciones que se han atribuido a esta práctica. Por lo que, es importante remarcar la importancia de la terminología en sí misma, pues no es lo mismo “vientres de alquiler” que “gestación por sustitución o subrogada”. Esto es, porque el primero haría referencia a la cesión o alquiler del útero sin tener en cuenta que el embarazo incide en todo el cuerpo humano de la gestante y no solamente en su órgano reproductor femenino³. Es por ello, que la terminología que más

² EFE., “La gestación subrogada se dispara en España ante la caída de la adopción internacional”, El Mundo. Sociedad. Abogados española de abogados de familia. 05/03/2017. <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>; última consulta 14/03/19.

³ Vilar Gonzalez, S., *Gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018,p. 29

se adecua al concepto en sí mismo sea: gestación por sustitución, gestación subrogada o gestación por encargo, por cuenta ajena o cuenta de otro.⁴

En este sentido, la definición ha sido objeto de evolución durante este tiempo y muchas de las que se han ido dando resultan vagas e imprecisas como la adoptada por Comisión de Investigación británica sobre Fecundación y Embriología Humana en 1984 en el Informe Warnock al establecer que la *surrogacy* era la “práctica por la cual una mujer gesta a un niño para otra, con la intención de entregárselo después de que nazca”.⁵ De esta definición se desprende que únicamente está previsto el acuerdo de voluntades entre dos mujeres, lo que excluye de su contenido a aquellos supuestos con comitentes exclusivamente de género masculino y, aquellos supuestos en los que sin existir problema alguno de fertilidad deciden acudir voluntariamente a una gestante subrogada que lleve a término el embarazo. Otra desafortunada definición fue la adoptada por el Parlamento Europeo en el año 2013, ya que da cabida a supuestos de compra-venta o tráfico de menores, al establecer que “la maternidad subrogada es una práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder el niño a otra persona al nacer”⁶.

Entre otras, resulta acertada la definición de este concepto que realizó el Florez Rodriguez⁷ en la revista La Ley, siendo esta la siguiente: “En el contrato de gestación por sustitución, una mujer consiente en prestar su útero para la gestación del niño/a, con aportación o no de su material genético reproductor (óvulo), que queda concebido a partir de los gametos de uno de los miembros de la pareja (padre biológico) o de un donante”. A su vez, distingue entre dos posibilidades, a saber, por un lado, **maternidad gestacional**; cuya máxima caracterización resulta del hecho de que la madre gestante no es la madre biológica o genética, sino que únicamente accede a alquilar su útero para que se implanten en él los embriones. Y, por otro lado, la **maternidad tradicional**, que se caracteriza por el hecho de que la madre, a parte de ceder su útero, también cede el óvulo, lo que la convierte en madre biológica o genética del niño.

Resulta complicado establecer una definición que abarque las cuestiones relacionadas con la maternidad subrogada. Por ello, lo más lógico sería formular una definición omnicomprendensiva, pudiendo ser aquella que englobe los siguientes elementos:

⁴ *Gestación subrogada en España y en el derecho comparado* cit, ,p.31.

⁵ Warnok, M, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, London, 1984. Vilar Gonzalez, S. *Gestación subrogada en España y en el derecho comparado* cit, p.28.

⁶ Brunet, L (Dir), *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Parlamento Europeo, Bruselas, (Bélgica), 2012, p. 7

⁷Vilar González, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado* cit. P.33.

Necesidad de acuerdo de voluntades entre los padres intencionales (ya sea una persona individual, pareja de hecho, matrimonio heterosexual u homosexual) y la madre gestante, comprometiéndose esta a llevar a término el embarazo renunciando a la filiación del nasciturus, bajo precio o en su vertiente solidaria o altruista. También resultaría necesario que la definición en cuestión introdujera la posibilidad o no de aportación de gametos por parte de los padres intencionales.

3. PRINCIPIOS

Como de todos es sabido, el artículo 1 del Código Civil (CC en adelante) expone las fuentes del ordenamiento jurídico español, siendo estas: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Por ello y, con la intención de abordar la situación a través de un análisis de las cuestiones que conforman los aspectos legales de la gestación por sustitución, erraríamos al no tener presente los diferentes principios así como derechos que van a estar presente a lo largo del trabajo, incluyéndose algunos tanto en argumentos defensores como retractores.

3.1 PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Nuestro Código Civil recoge en su Título II del Libro IV la Teoría General de Los Contratos (arts. 1.254 a 1.314). Dicha Teoría engloba las diferentes reglas, instituciones y principios que han de regir en la elaboración de los contratos. De estos preceptos se deduce, en una primera aproximación que el contrato consiste en la conjunción de consentimientos entre dos o más personas con la finalidad última de ser fuente de obligación entre ellas.⁸

La base práctica de esta Teoría se encuentra en la autonomía de la voluntad o, también conocida como libertad de contratación, que se traduce en el reconocimiento por parte del legislador del poder de autorregular los intereses y objetos que las partes deseen. Esto implica, siguiendo a los mismos autores:

- 1) La libre voluntad de las partes para decidir realizar un contrato.
- 2) Libertad de las partes para elegir la tipología contractual⁹.

⁸ Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A, *Sistema de derecho civil. Volumen II. Tomo I: El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2016 p.19.

⁹ Nuestra legislación diferencia entre los contratos típicos, siendo estos los que tienen individualidad propia y se encuentran sometidos a normas específicas del ordenamiento; de los contratos atípicos, que son aquellos que no gozan de una regulación específica dentro del ordenamiento.

3) Reconocimiento libertad de las partes de realizar contratos atípicos.

4) Capacidad para modificar libremente el contenido de los contratos típicos.

Todo ello, teniendo en cuenta las limitaciones previstas en el art 1.255 CC, el cual establece que los contratantes no podrán establecer cláusulas que sean contrarias a la ley, es decir a una norma imperativa,; la moral, entendida esta como un conjunto de convicciones de orden ético, debiendo interpretarse al momento histórico en el que se encuentra; al orden público, término que ha de entenderse como el modelo de organización de la sociedad y los principios sobre los que ésta se rige. De incurrir el contrato en alguna de estos supuestos, sería sancionado con la nulidad.

Al caso que nos acontece, si bien es cierto que las partes tienen la facultad de determinar el objeto, causa y tipo de contrato que mejor les convenga, también es cierto que actualmente el contrato de gestación subrogada es considerado en nuestro ordenamiento como nulo al incurrir en el primer supuesto. En atención a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de Reproducción Asistida y, en especial a su artículo 10 que establece la nulidad de pleno derecho de estos contratos independiente de su carácter gratuito u oneroso y además establece que el parto es determinante de la filiación. Aún en el caso de la inexistencia de este precepto, la nulidad del contrato vendría derivada por la ilicitud de su causa y razón de su objeto, ya que la “capacidad de gestar” no se encuentra integrada dentro del comercio de los hombres¹⁰.

3.2 DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

Nuestra Constitución Española, Título I “ de los Derechos y Deberes Fundamentales” art 10, reza lo siguiente:

1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

¹⁰ Díaz Romero M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley* nº 31, 2010, pp. 1-15.

Atendiendo a este precepto, el derecho a la dignidad de la persona, se presenta como un valor inherente a la misma, consistente en el derecho de cada uno a determinar libremente su vida, de manera consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás.¹¹ A ello se le suma la obligación de que esta dignidad permanezca inalterada con independencia de las circunstancias y situación en que se encuentre la persona, formando esta un “mínimum” invulnerable que ha de ser protegido por la totalidad del ordenamiento jurídico.¹²

De este derecho, al ostentar la categoría de valor supremo, se puede deducir que al ser la dignidad del ser humano cualitativamente superior a la del resto de seres, no admite grados por lo que todas las personas, por el simple hecho de serlo, son iguales en dignidad. Por último, se configura como un derecho irrenunciable e indisponible, conservado desde el momento del nacimiento hasta la muerte del individuo.¹³

3.3 LIBERTAD REPRODUCTIVA DE LAS PERSONAS

La Constitución Española no prevé expresamente el derecho reproductivo de las personas, sin embargo, muchas son las personas defensoras de esta práctica que establecen que podría enmarcarse en la protección ofrecida a otros derechos que sí que están reconocidos y con los que guarda una estrecha relación. A saber,:

- El libre desarrollo a la personalidad y dignidad humana (art 10 CE), siendo su defensa el hecho de que para muchas personas el tener descendencia contribuye positivamente al desarrollo de la personalidad.
- Derecho a la igualdad entre hombre y mujeres y, a la no discriminación por razón de sexo, raza o religión (art 14 CE). Pues la circunstancia inamovible derivada de la existencia de una limitación biológica, no debería suponer por ende una limitación legal.
- Derecho a la integridad física y moral (art 15 CE).
- Derecho a la libertad (art 17.1 CE).

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril 53/1985 (FJ 3), <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433> (última consulta: 10/02/19)

¹² Sentencia Tribunal Supremo de 27 de junio 120/1990 (FJ 4), <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1545> (última consulta 11/02/19)

¹³ Merino Norverto, M.,. *Sinopsis artículo 10 CE*, Congreso de los Diputados, 2003, act Sieira, S. 2011, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2> (última consulta 10/02/19)

Desde este punto de vista, considero que conjugar tantos derechos para relacionarlo con uno que no se encuentra reconocido, supone una suerte de manipulación legal, al fin y al cabo, intentar enmarcar un supuesto concreto desde una perspectiva tan amplia con respecto al ámbito de aplicación de otros derechos, acarrea como consecuencia un sentimiento de inseguridad jurídica, pues al fin y al cabo, casi todas las acciones podrían enmarcarse dentro de alguno de los derechos reconocidos concebidos en su concepción más amplia.

3.4 DERECHOS DEL NIÑO.

"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".¹⁴ De esta manera introduce el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) el Convenio sobre los Derechos del Niño. En la Declaración de Ginebra de 1.924 se reconoce por primera vez la existencia de una serie de derechos especiales del niño y la responsabilidad por salvaguardarlos. Posteriormente, en 1.948 se firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ambos cuerpos legislativos, son el precedente de la Declaración de los Derechos del Niño de 1.959, aprobada por Naciones Unidas. En ella se estableció que los niños requieren de una protección y cuidado especial "incluyendo una protección legal adecuada, antes del nacimiento y después del nacimiento"¹⁵. Básicamente esta Declaración estaba formada por 10 principios. Resultó ser insuficiente al no abordar todos los aspectos que la protección al infante requiere, además carecía de obligatoriedad. Es por ello que en 1978, fue presentada a las Naciones Unidas la versión provisional del Convenio de los Derechos del Niño, por el gobierno de Polonia. En consecuencia y tras 10 años de negociaciones entre los líderes mundiales, ONGs, instituciones religiosas etc., el 20 de noviembre de 1989 se logró aprobar el texto definitivo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶.

¹⁴ Plan de acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia, 30 de septiembre de 1990. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (última consulta: 03/03/19)

¹⁵ Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (disponible: http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/CDN_1959_NR014578.pdf) (Última consulta: 06/06/19)

¹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 (disponible: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino.pdf>) (Última consulta: 08/06/19)

El 30 de diciembre de 1990, España aceptó y ratificó el tratado¹⁷, por medio del artículo 94.1 de la Constitución española, que se refiere a los tratados o convenios que requieren autorización de las Cortes Generales a través del Senado y la Cámara de los Diputados, debido a la importancia de la materia en cuestión, pasando esta a ser ley de obligado cumplimiento, junto a 20 países. Hoy en día, es el tratado internacional más ratificado de la historia, con 159 países que forman parte¹⁸, (EEUU no lo ha ratificado). Estos países han de rendir cuentas ante el Comité de los Derechos del Niño.

La Convención está formada por 54 artículos que versan sobre los derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos de los infantes así como la responsabilidad y obligación no solo de los Estados, si no también de los padres, profesores, profesionales de la salud y de los propios niños y niñas.

De esta Convención cabe resaltar su artículo 3.1 en el cual se establece la obligación de prevalencia del Interés superior del menor en las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos. En este sentido, ¿Qué aplicación práctica tiene el interés superior del menor? Pues bien, este principio ha de entenderse en el sentido de que la regulación de la maternidad por sustitución habría de hacerse atendiendo ineludiblemente al menor y su interés superior, e íntimamente ligado, a la adopción de medidas y control, prevención y persecución efectivas, para evitar el tráfico de menores que pueden derivarse de la práctica. En nuestra legislación encontramos la regulación oportuna al menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁹ (LOPJM), especialmente, dedica su segundo artículo al desarrollo del Interés superior del menor. En los artículos 53 CE y 5 LOPJ, establecen que la tutela del interés superior del menor ha de ser observada por los jueces y tribunales. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000 de 29 de mayo que lo calificó como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”.²⁰

¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. BOE núm 313 de 31 de diciembre 1990.

¹⁸ *Convención Sobre los Derechos del Niño* cit.

¹⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE-A-1996-1069.

²⁰ STC 141/2000 de 29 de mayo, BOE núm 156, de 30 de junio de 2000 “*la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección*

Así mismo, es interesante recalcar el artículo 7 de la Convención pues en él se vela por el derecho a una identidad, nacionalidad y en la medida de lo posible “a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. Dichos derechos habrán de procurarse en el respeto a la legislación de cada país. Es por ello que en España surge en este punto una cuestión problemática en relación a la inscripción de la filiación de niños nacidos a través de la práctica de maternidad subrogada en países permisivos. Pues si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento la filiación materna viene determinada por el parto, se consideraría madre del niño a la madre biológica, pero entonces, qué ocurre con el derecho del niño a una identidad única, pues si este fuera el caso, se estaría reconociendo al niño una determinada filiación en el país permisivo y otra distinta en España.

Íntimamente ligado al derecho a una identidad, encontramos el derecho a la verdad biológica, presupuesto a conocer el origen biológico, que aunque no se encuentra consagrado como tal, muchas opiniones entienden que debería otorgársele la concepción de derecho fundamental pues podría encontrarse integrado en el derecho a la dignidad de las personas, y que afecta a la propia identidad de las mismas²¹.

4. SITUACIÓN EN ESPAÑA

4.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El S.XX sin duda alguna, se ha convertido en el siglo de la ciencia, un siglo caracterizado por numerosos descubrimientos en este ámbito, especialmente lo relacionado con la biomedicina. Entre los más destacados, encontramos el descubrimiento de la penicilina en 1928, las radiografías, en 1985, así como las novedosas técnicas de trasplante de órganos (riñones, corazones etc.) Todos estos descubrimientos permitieron a la sociedad aumentar su calidad de vida y poner solución a numerosos problemas que se presentaban en aquella época y, convertidos hoy en día, en práctica rutinaria. Durante estos años, se ha desarrollado una especial consideración a la salud reproductiva siendo considerada

Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores”.

²¹ Hernandez Diaz-Ambrona, MD, “Notas sobre el Derecho a la Identidad del Niño y a la Verdad Biológica”, *Revista de Derecho Privado*, Núm 7-8/2005, julio-agosto 2005 p.21.

internacionalmente como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.²² En este contexto, requiere una mención especial la aparición de la biología molecular, concretamente la importancia de la incidencia de ésta en el conocimiento de la genética humana así como en la medicina predictiva. La inseminación artificial, alcanzó su máxima difusión a lo largo del S.XIX, siendo EEUU su principalmente exponente. En cuanto a nuestro país, en España la existencia de Bancos de semen se remonta hasta 1978. Los riesgos que podían derivarse por un lado de una investigación científica sin limitaciones así como de una inapropiada utilización de la biomedicina, propició a que la Cámara de los Diputados, el 2 de noviembre de 1984 mediante acuerdo y, a iniciativa de algunos grupos parlamentarios, creara una Comisión especial sobre fertilización extracorpórea, cuya finalidad última era realizar un estudio que abordara los problemas surgidos de esta práctica y que sirviese del mismo modo como base para de este modo establecer un ulterior adecuado marco legislativo en la materia.²³ Posteriormente la denominación evolucionó a “ Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas”.²⁴

Esta Comisión estaba presidida por el diputado Marcelo Palacios y formada por un representante de cada uno de los grupos parlamentarios. El mes de marzo de 1986 se presentó el Informe Palacios, formado por ciento cincuenta y cinco recomendaciones. Al no existir unanimidad en cuanto a las recomendaciones recogidas en el Informe, también se presentaron los votos particulares o enmiendas en relación a los puntos en los que surgieron discrepancias.²⁵

A grosso modo, el Informe recomendaba que se autorizara la utilización de estas técnicas para mujeres casadas o heterosexuales que se encontraran en análoga relación de afectividad, que:

²² Rebar R.W., Erickson G.F, “Reproductive endocrinology and infertility”, *Cecil Medicine*, 24th ed., pp. 244.

²³ Informe de la Comisión Especial de Estudio de Fecundación *in vitro* y la Inseminación artificial humanas, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 10 de abril de 1986. (disponible: http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL_280.PDF , última consulta: 14/03/19)

²⁴ Pérez Mongue, M. “Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, num 14, Zaragoza, 2004. P. 24

²⁵ Carcaba Fernández, M. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, p 53-54.

- Padecieran la condición de estériles *para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas, ineficaces o imposibles de realizar.* (Recomendación B.17).
- *Prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario.* (Recomendación A.3)

En el informe se contempla la posibilidad de que mujeres solteras que no estén en ninguna relación accedan a este tipo de técnicas, siempre que obtuvieran una valorización previa y favorable en relación a ciertas condiciones, siendo estas *gestar, mantener y educar dignamente al futuro hijo y para facilitarle el adecuado ambiente de bien estar.*

Sin embargo, no se pronuncia con respecto al acceso de un varón a este tipo de técnicas, siendo la única modalidad posible la de gestación subrogada. En este sentido y en virtud de la recomendación H “ Gestación de sustitución”, recomienda que se prohíba bajo cualquier circunstancia así como el hecho de que se implanten sanciones penales a aquellos sujetos intervinientes en cualquier contrato de esta tipología, ya sean personas físicas (madre gestante, padres comitentes) o jurídicas (hospitales, agencias etc.)

Este informe se aprobó en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 10 de abril de 1986, sirviendo de inspiración para la elaboración de proposiciones de leyes²⁶ que desembocaron en la elaboración de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos y, la Ley de 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

4.1.1 LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y NORMAS DE DESARROLLO.

En concordancia con lo anterior, el Informe Palacios, actúa como fuente de inspiración para la elaboración de un marco legislativo en busca de un equilibrio entre el progreso científico y la dignidad humana²⁷. Dicha búsqueda termina por desembocar en la promulgación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción

²⁶ Proposición de Ley 122/000061, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos. Grupo parlamentario Socialista. BOE núm 73-1. De 9 de mayo de 1987. Proposición de Ley 122/000062, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Grupo parlamentario Socialista. BOE. Núm. 74-1, de 9 de mayo de 1987.

²⁷ Lledó Yagüe, F y Ochoa Marieta, C *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Dykinson, Madrid, 2007, P. 12

Asistida y Normas de Desarrollo, otorgando a España, el papel de país pionero en la regulación de esta materia.

A pesar de que actualmente esta Ley fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida²⁸, cabe resaltar, la mención a la gestación por sustitución a la que se refiere en su Exposición de Motivos, en el tercer apartado al prever la aplicación de estas novedosas técnicas para el desarrollo de la práctica de gestación por sustitución y planteando la existencia del derecho a la procreación, con el interrogante de si este derecho habría de considerarlo absoluto e incidiendo en el planteamiento de la libre disposición en los negocios jurídicos entre las partes del derecho de familia. Concluye este apartado afirmando que la Ley debe salvaguardar el derecho de la mujer a procrear y *constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente*.

Especial mención requiere el artículo 10 de la citada Ley, que establece:

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

Observando el precepto, en su apartado primero se respeta la recomendación del Informe al prohibir so pena de nulidad de pleno derecho, el contrato de gestación por sustitución, independientemente de de la naturaleza gratuita u onerosa del contrato, sin embargo no hace referencia alguna a las sanciones propuestas por el Informe.

El artículo continúa en su apartado segundo, reafirmando el principio romano *mater Semper certa es*, es la primera vez que este principio se positiviza puesto que hasta el momento, nunca ha existido ninguna duda respecto a la filiación de un hijo con su madre, la mujer que realiza el parto y, ni mucho menos, se había planteado hasta este momento la cuestión de que la madre biológica no fuera la misma que gesta al niño.²⁹

De manera complementaria a este apartado, el artículo 10, incluye un tercer apartado en el que se salvaguarda la posibilidad de que el padre realice acciones de reclamación del parentesco, dichas acciones serían las previstas en los artículos 764 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁰. En este sentido, ¿Qué efectos produciría la acción de reclamación

²⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE-A-2006-9292

²⁹ Jimenez Muñoz, F.J, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012. P.112

³⁰ Ley 1/2000, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE-A-2000-323

en el caso de que la mujer que se somete al proceso de inseminación artificial estuviera casada con otra persona distinta que la que aporta el gameto? ¿Dejaría sin efecto la presunción del artículo 116 del Código Civil? A este respecto y, en virtud del artículo 116 CC se presume nacido como hijo matrimonial de la gestante y su esposo, no obstante a través de la vía ofrecida por el artículo 10.3 podría impugnarse la filiación paterna con posterioridad, a no ser que el esposo hubiera prestado el consentimiento para que su mujer fuera sometida a este tratamiento, lo que implica, en atención al artículo 8.1 de la Ley que el padre está reconociendo la filiación del futuro hijo. La principal consecuencia del reconocimiento por esta vía implica que la paternidad no podría ser impugnada en un momento posterior.

Este caso concreto, nos lleva a plantearnos los derechos del niño, en concreto, al ya mencionado derecho a la verdad biológica. Es por ello que contamos con antecedentes jurisprudenciales en los que al valorar la relación entre el formalismo y la realidad, concluyen otorgando más peso a la verdad, apelando a los principios generales del derecho y a los artículos 1.4 CC y 53 CE.

Caso distinto sería aquel en el que el estado civil de la mujer que decide acudir a esta técnica de reproducción asistida, fuera de soltera, pues quedaría indeterminada la filiación paternal, manteniendo abierto los cauces previstos en la legislación para reclamarla.

Posteriormente y debido al importante avance científico que se siguió dando así como el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar solución a problemas que no se encontraban regulados, como el destino de los preembriones supernumerarios, hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida, siendo por lo tanto modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre³¹. No obstante, esta disposición únicamente aportaba soluciones parciales a los problemas planteados. Sus aportaciones fueron entre otras; establecimiento de un régimen distinto a los preembriones crioconservados³², del asignado al que existía, dependiendo de la fecha en la que estos fueron generados³³. Otra de sus notables aportaciones fue la limitación en la producción de ovocitos a un máximo de tres en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba las posibilidades de éxito en la práctica ordinaria de estas técnicas.

³¹ Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE-A-2003-31341.

³² A los anteriores a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, se permitió su uso para la investigación.

³³ Perez Mongue, M. *Comentario a la Ley 45/2003 ...* cit, p. 24

No obstante las modificaciones, resultaron insuficientes para abordar la creciente evolución de las técnicas así como avances en los métodos biomédicos.³⁴

4.2 REGULACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA: LEY 14/2006 26 MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y NORMATIVA COMPLEMENTARIA

Antes de entrar a conocer concretamente esta Ley, conviene realizar un inciso en el año 2005, año en el que podría decirse que España se adelanta al mundo y se convierte en país pionero en la regulación del matrimonio homosexual, permitiéndolo a través de la modificación³⁵ del Código Civil, este hecho ha tenido como consecuencia directa el impulso de la búsqueda de técnicas de reproducción asistida tales como la maternidad subrogada.

Esta nueva Ley trató de corregir las deficiencias existentes en la legislación hasta el momento.

La norma incorpora las directrices establecidas por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA). De este modo las novedades introducidas por esta Ley son entre otras:

- Definición del concepto de preembrión, siendo este el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.
- Prohibición de la clonación de seres humanos con fines reproductivos.

En oposición a la normativa precedente, en la que se encontraban en formato *numerus clausus* las técnicas de reproducción humana asistida, esta Ley sin embargo adopta un criterio abierto al enumerar las técnicas que según el estado de la ciencia y la práctica clínica puedan realizarse hoy en día.³⁶ Sin embargo, para evitar la petrificación de la legislación en la admisión de nuevas técnicas que surjan, permite a las correspondientes autoridades sanitarias, realizar, previo informe de la CNRHA, *la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica*. Tras lo cual, y habiéndose constatado su evidencia científica y técnica, a través de la promulgación de un Real Decreto, el Gobierno puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.³⁷

³⁴ Vilar Gonzalez, S. *La Gestación subrogada en...* cit, p. 66

³⁵ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE-A-2005-11364.

³⁶ Exposición de Motivos, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, núm 2.

³⁷ Exposición de Motivos, Ley 14/2006 de 26... cit. Núm 2.

En contraposición a la Ley anterior, esta elimina la limitación de generación del número de ovocitos en cada ciclo reproductivo, pues establece que esa limitación deberá ir determinada de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

En cuanto al tema a tratar, mantiene la misma postura al considerar nulo de pleno derecho cualquier contrato por el que se pacte la realización de esta práctica, además de que el ordenamiento actual y en concordancia con la legislación precedente considera que la filiación se determina por el parto. En este sentido, algunos consideran que resulte curioso, el hecho de que la LTRHA sea tan permisiva con la donación de gametos y preembriones, pero que sin embargo sancione con la nulidad de pleno derecho la gestación por sustitución, pues mantienen la inexistencia de nexo, entre una y otra técnica ya que en ambos casos se traslada el embrión a un útero en el no existe vinculación genética alguna, en caso de la maternidad subrogada y en el de donación de ambos gametos.³⁸ Técnicamente hablando, debería entonces asistir el mismo derecho a aquellas personas que quieran formar una familia recurriendo a un “vientre” ajeno, aportando sus gametos, o los de uno de ellos o de ninguno, que a aquellas que recurren a la donación de gametos ajenos para el mismo fin; formar una familia con la ayuda de un tercero.³⁹ Pero esto, claro está, es técnicamente hablando, sin embargo en la práctica entre una técnica y otra, radica la diferencia fundamental de la persona que lleva a cabo la gestación, con los riesgos que ello conlleva, además de la diferencia entre la donación de un gameto al alquiler de un útero y, el enorme desgaste psicológico y físico que la madre gestante soporta frente al nulo de la donante de óvulos. A causa de lo anterior, considero que si bien técnicamente hablando pueden ser situaciones equiparables, en la práctica, se encuentran separadas por un universo de diferencias.

A raíz de la entrada en vigor de esta Ley, diversos textos normativos han desarrollado el contenido de la misma en cuestiones como el requisito de trazabilidad derivado de Directivas⁴⁰ que han sido transpuestas en nuestro ordenamiento a través del Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de Calidad y Seguridad

³⁸ De Los Santos Molina, MJ. *Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario científico*, en Lledó Yague, F y Ochoa Marieta, C (Dir), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp, 157 a 159.

³⁹ Vilar Gonzalez, S. *La gestación subrogada en España...cit p.71*

⁴⁰ Directiva 2004/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE.

para la Donación, la Obtención, la Evaluación, el Procesamiento, la Preservación, el Almacenamiento y la Distribución de Células y Tejidos Humanos.

4.3 SANCIONES

La LTRHA dedica sus últimos artículos, Capítulo VIII “Infracciones y Sanciones”, a la enumeración de las actividades consideradas como infracciones así como a las sanciones correspondientes. Prevé fundamentalmente sanciones de carácter administrativo.

4.3.1 NULIDAD DE PLENO DERECHO CIVIL

El contrato por el cual una mujer se presta a gestar o realizar el embarazo a favor de un tercero o una pareja renunciando a la filiación del *concepturus*, es considerado, como ya se ha mencionado, en el art 10.1 de la LTRHA como nulo de pleno derecho y, lo que implica que la nulidad tiene eficacia *ex tunc*, con fundamento al principio *quod nullum est nullum effectum produit*⁴¹, por lo que según el ordenamiento español, la filiación materna queda determinada por el parto. En otras palabras, es madre la mujer que da a luz.

Las razones de rechazo de este tipo de contratos, siguiendo a Jimenez Muñoz son:

- La nulidad de su objeto⁴²; por considerar que se estaría vulnerando el principio de indisponibilidad del cuerpo humano, en concreto el útero de la mujer, lo que deriva en el hecho de maternidad, que se encuentra fuera del comercio de los hombres (nulidad del objeto art 1271 CC).
- La determinación de la filiación se encuentra fuera de la autonomía de voluntad de las partes⁴³. Por ello, este tipo de contratos se considera que transgreden la indisponibilidad del estado civil de las personas, porque la gestante no puede renunciar ni disponer del hecho de ser madre del nacido.⁴⁴ Es decir, se estaría trasgrediendo los límites del juego de la autonomía de la voluntad (art 1.255 CC)
- Por ser contrario al derecho de dignidad, y atentar contra la misma de la madre gestante y del niño. En palabras de Gonzalez Moran , gran especialista del

⁴¹ Jimenez Muñoz, F.J, *La reproducción asistida y...* cit p.113

⁴² Bercovitz Rodriguez-Cano, R *Hijos made in California*, Aranzadi Civil, núm 1, Navarra, 2009, p.2119

⁴³ Gonzales Perez de Castro, M.DR, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dikynson, 2013, Madrid, p. 347.

⁴⁴ Vilar Gonzalez, S. *La Gestación Subrogada en España...* cit. P. 75.

bioderecho y de la bioética, constituye “ un instrumento de explotación física, emocional y económica de la madre, produciéndose al margen de los intereses del niño⁴⁵”.

- Algunos autores como Moro Almaraz⁴⁶, consideran que este tipo de contratos supone un fraude a la normativa de la adopción y contrario a Derecho, es por ello que lo definen como contrato sin causa o causa ilícita, que es a su vez contrario a las leyes y a las buenas costumbres. (1.275 CC⁴⁷).

Por último cabe mencionar que la acción de nulidad es imprescriptible. Además hay que señalar que los efectos de la nulidad radical y absoluta operan *ipso iure*, es decir, de manera automática, por lo que puede declararse de oficio (*ex officio*) por los Tribunales sin necesidad de petición expresa de alguna de las partes al ir contra un precepto legal, de forma clara y expresa⁴⁸. Entre los efectos de la declaración de nulidad encontramos que es oponible *erga omnes*⁴⁹ y la no posibilidad de alegar prescripción ni confirmación, es decir, un efecto definitivo⁵⁰.

Como consecuencia principal de este tratamiento, en el caso de que en España se celebrara un contrato con estas características, las partes no estarían vinculadas al cumplimiento del mismo, es decir, imaginémonos que la madre gestante cambia de opinión y decide no entregar al niño al término del embarazo a los padres comitentes, en virtud de nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad queda determinada por el parto, por lo que legalmente sería ella la madre y no estaría obligada a entregar al niño y tampoco podrían los padres comitentes reclamar los gastos ocasionados hasta el momento ni lo que le hubieran pagado hasta ese momento, en este sentido se entiende que también podría la madre reclamar al hijo aunque este ya hubiese sido entregado (art. 1.305 CC) pues como ya se ha mencionado, la filiación queda determinada por el parto, por lo que a ojos de la ley, la madre gestante ha sido y será siempre la madre del niño. Este mismo efecto, se podría apreciar en caso contrario, es decir, si los padres intencionales deciden desistir del contrato y no cumplirlo, en otras palabras, no quedarse con el niño, la madre gestante

⁴⁵ Gonzalez Moran, L. *Aspectos jurídicos de la procreación asistida. Procreación humana asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales.* 1998, p.148.

⁴⁶ Moro Almaráz, M.J, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988. P.78

⁴⁷ Art 1275 CC : *Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*

⁴⁸ Diez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de derecho Civil...*cit, pp. 92-93.

⁴⁹ Diez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil...* cit, p.95.

⁵⁰ Martinez-Pereda Rodriguez, J.M y Massigoge Benegiu, J.M, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid 1994, p. 348.

no podrá obligarles a aceptarlo ni tampoco obligarles a pagar las sumas acordadas que estuvieran pendientes.

Así como tampoco podría procederse en ninguno de los casos a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.⁵¹

Hemos de señalar en este apartado, que este tipo de prácticas, pueden suponer un fraude de adopción. En este sentido, nuestro Código Civil prevé en su art 177.2.2 que “el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurridos 30 días desde el parto”, lo que implica que aun bajo la pretensión de simular una adopción para llevara cabo la gestación por sustitución, el contrato seguiría siendo nulo, puesto que no es posible pactar la entrega del hijo antes del transcurso de un mes a contar desde el parto.⁵² También me gustaría incluir en este apartado, la problemática civil que se deriva de que en el caso más amplio, en el que intervengan 6 personas, serían 6 las personas facultadas para solicitar la filiación. A saber: la madre genética, la que dona los óulos; la madre gestante, principio de filiación determinada por el parto; la mujer que ha encargado el bebé, la madre intencional; el padre genético, el que dona el esperma; el marido o pareja de la madre gestante ya que goza presunción de paternidad; y el hombre que ha encargado el bebé, el padre intencional Todo ello deriva en innumerables problemas jurídicos que en caso de que se proceda a la regulación, resultaría necesaria una aclaración sobre la posición jurídica de cada una de las partes.

4.3.2 SANCIONES PENALES

A pesar de que legalmente hablando este tipo de prácticas se encuentran prohibidas, ello no disuade a determinadas personas, desesperadas por formar una familia pero sin los recursos económicos necesarios para acudir a un país permisivo, para realizarlo de “tapadillo” en España, enfrentándose a una pena de 1 a 4 años prevista en el artículo 221 del Código Penal.

⁵¹ Vilar Gonzalez, S. *La gestación subrogada en España...* cit, p. 76.

⁵² Casado Blanco M., “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada, Legal and ethical reflections concerning the surrogate motherhood”, *Revista de medicina legal*, Vol. 40. nº. 2. Abril - Junio 2014.

4.4 PRESTACIONES SOCIALES

Desde la óptica del derecho social, no ha pasado inadvertida la problemática que emerge de la consecuencia de este contrato, que ha suscitado controversia respecto al derecho y a la titularidad de las prestaciones sociales.

4.4.1 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO

En este sentido, el Pleno de TS ha reconocido a la maternidad por subrogación o sustitución como situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, pues ha estimado que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios.

Como caso ilustrativo de este hecho, resaltan las sentencias del TS Social del 25 de octubre de 2016⁵³ y, TS Social 16 de noviembre de 2016.⁵⁴

A través de una Nota Informativa, el Pleno hizo pública la decisión de estimar los recursos para la unificación de la doctrina planteada.

En los antecedentes de hecho de esta primera sentencia, encontramos al Sr. Juan que tuvo dos hijas mediante gestación por sustitución en Nueva Delhi, asumiendo ejercer exclusivamente *todas las funciones que se deriven de la patria potestad* y la madre renunció a la misma ante una autoridad notarial de dicho país. En 2013, reclamó al INSS prestación maternidad por el nacimiento de sus hijas, así como descanso por maternidad iniciando esta en la fecha de nacimiento de las mismas. Fue denegada por no encontrarse en ningún supuesto protegido en el art 133 bis de la LGSS. Tras lo cual, Juan interpuso un recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

⁵³ TS S 25 octubre de 2016 .Este caso trata sobre una trabajadora que tiene un hijo a través de la técnica de maternidad subrogada, aportando, ella y su pareja los gametos, que está inscrito en el Consulado de los Ángeles (lugar de nacimiento) de España, figurando la actora como madre y el varón, su pareja como padre. (disponible: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ055317.pdf>) (última consulta: 16/01/19)

TS S 16 de noviembre de 2016. Español que concierne gestación por sustitución en Nueva Delhi aportando sus gametos. La madre gestante tiene dos hijas y acepta que el hombre realice “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad en exclusiva”.

El INSS deniega la prestación por maternidad, al no encontrarse el supuesto en los aspectos protegidos del art 133 bis de la LGSS y por contradecir el orden público internacional. (disponible: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ055318.pdf>)(última consulta 16/01/19)

Cataluña que, estimando la demanda, reconoció que la prestación del caso, equivale a la de parto múltiple. Ante lo cual, la representante del INSS interpuso un recurso de casación cuyo objetivo era el de unificar la doctrina, alegando:

- Sentencia contradictoria contra TS de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014⁵⁵.
- Infracción de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992.
- Infracción del art 133 bis de LGSS, en relación al art 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida.

Ante este hecho, el Tribunal, recurre a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. La cual, hace referencia casi de manera automática al art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derecho Humanos y Libertades Fundamentales, en el que se consagra el Derecho a la vida privada y familiar, entendiéndose como el derecho que ostenta toda persona a gozar de una vida privada y familiar, proscribiéndose las injerencias de las autoridades públicas en la misma salvo por cuestiones de *seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención de las infracciones penales, protección de la salud o de la moral, o la protección de derechos y libertades de los demás.* (art 8.2 CEDH). El Tribunal hace referencia a la existencia de una situación de necesidad real, estableciendo⁵⁶:

que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos. Y aquí nos encontramos con un contrato de maternidad por subrogación que es nulo pero que ha desplegado sus efectos, en particular los que interesan: inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones por tal motivo.

4.4.2 DOCTRINA TEDH

⁵⁵ STSJ País Vasco, 944/2014, de 13 de mayo. (disponible: http://www.iniciativa.cat/sites/default/files/Sentencia_n_944-2014_de_TSJ_Pa_s_Vasco_Bilbao_Sala_de_lo_Social_13_de_Mayo_de_2014_-_Jurisprudencia.pdf) última consulta: 12/06/19)

⁵⁶ Argumento noveno de la Sala.

Teniendo lo anterior claro, procede el Tribunal a analizar cuestiones resueltas por el TEDH en asuntos similares en los que se produce la denegación de la inscripción por las autoridades nacionales:

STEDH 26 de junio 2.014:

- Caso *Mennesson c. Francia*: pareja francesa que recurre a la técnica de maternidad subrogada en California (EEUU), con sus propios gametos. Como argumento jurídico, el Tribunal se basa en que las inscripciones de los gemelos, serían nulas al contravenir los principios del orden público; indisponibilidad del cuerpo humano y el estado de las personas.
- Caso *Labasse c. Francia*: Contrato de maternidad por sustitución suscrito por una pareja francesa en Minnesota (EEUU). Denegación de la inscripción, en atención al orden público e ir en contra del CC.

De estas Sentencias, se desprende una doctrina emitida por el TEDH que cambió el curso evolutivo respecto a la admisión de la inscripción de filiación de niños nacidos a través de esta técnica.

El Tribunal declara que esta sentencia no vulnera el ya mencionado art 8 de la Convención, en relación con el derecho a la vida familiar de los padres recurrentes, sin embargo sí que observa injerencias en su derecho a la vida privada, en lo que respecta a la vida de los hijos, que también son recurrentes, en atención al interés superior del menor.⁵⁷ A juicio del Tribunal, los padres recurrentes actúan con respecto a sus gemelos como “padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual”. Por lo que se desprende la existencia de una relación directa entre la vida privada de los niños y la determinación jurídica de la filiación. Ante esta apreciación por parte del Tribunal, éste, declara que el “margen de apreciación” reconocido a los Estados en cuanto a las disposiciones de la Convención, habría de reducirse en casos que aborden la cuestión de la filiación pues “cuando un aspecto particularmente de la existencia o identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario restringido”.

⁵⁷ Flores Rodríguez, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11”, *LA LEY, Derecho de familia*, 7 de julio 2014, (disponible en: http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNDIwsDc7WylKLizPw827DM9NS8klQQPzOt0iU_OaSyINU2LTGnOFUtN7GkJLXI1sfHlTEXyvFORbQNcg3zDA5xVETNys_PRjE1HmZaZrFjQUFRflqiq2RgaGlgYmBsaGhoTEAMHPvOiyAAAA=WKE#I5 última consulta: 03/04/2019)

4.5 PERSPECTIVAS DE FUTURO

En el ámbito del Derecho Civil, se han ido produciendo numerosos cambios, pero uno de los más significativos sin duda, ha sido el cambio del concepto de *familia*. Desde una concepción judeo-cristiana, en la que la única concepción de convivencia aceptada era la derivada del matrimonio, a la convivencia de parejas de hecho, matrimonio homosexual e incluso familias monoparentales, entre otras formas de estructura grupal.⁵⁸

Todo ello, de la mano de los ya mencionados avances científicos que han permitido a personas de todo el mundo llegar a formar una “familia” en el sentido más amplio de la palabra, ponen en una tesitura a los Gobiernos actuales en cuanto al tema de la maternidad subrogada.

En España, como ya hemos analizado, esta práctica está prohibida y la discusión en lo relativo a su regulación ha llevado a que se realice una perspectiva de futuro.

La contraposición de los intereses que se tratan en el tema, es muy controvertida, sin embargo, la mayoría de ellos han ido evolucionando y adaptándose a la realidad social y principios éticos en cada contexto histórico, como por ejemplo la integridad física y el derecho a la vida, que con la Ley del aborto⁵⁹, se han “dulcificado”.⁶⁰

4.5.2 PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN 8 DE SEPTIEMBRE DE 2017.

Esta proposición, realizada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos⁶¹, comienza señalando en su Exposición de Motivos, en el número 2º, el hecho de que al ser este nuestro Estado, un Estado democrático de Derecho ha de “ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos se pueda hacer realidad, en consonancia con la riqueza que hoy se expresa”. Si bien es cierto que el Estado ha de garantizar a los ciudadanos la disposición de los cauces necesarios para que puedan ejercitar sus derechos,

⁵⁸ Alvarez de Toledo Quintana, L. *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional*, Cuaderno de Derecho Transnacional, Vol. 6, 2014, núm 2, p. 6

⁵⁹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE-A-2010-3514.

⁶⁰ Del Rosario Díaz Romero, M, *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p.91

⁶¹ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, 8 de septiembre de 2017 (disponible: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF)

en este caso, resulta discutible determinar si nos encontramos ante un derecho o una libertad, pues una cosa es buscar a una persona que se preste a realizar este servicio y otra distinta es obligar a alguien a hacerlo⁶². En este sentido y, siguiendo la definición⁶³ del derecho a la subrogación que establece esta propuesta, ¿Existe un derecho a gestar para otros?

En su apartado número 3º, la EM de la propuesta de Ley establece la finalidad de la misma, siendo esta la de regular el derecho que asiste a los progenitores subrogantes a gestar, a través de otra persona, para formar una familia, y el derecho de las gestantes subrogadas a facilitar la gestación a los subrogantes, *todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresiva de la más intensa solidaridad entre personas libre e iguales.*

En cuanto al apartado 4º la EM compara la regulación de este asunto, como la que pudo ser en su día, la legalización del matrimonio de personas del mismo sexo⁶⁴ o la de la adopción internacional⁶⁵, haciendo referencia al TC, en la sentencia del 6 de noviembre de 2012, que reconoce estas normas como reguladoras y garantistas de derechos, sin desnaturalizar instituciones y siendo estas fruto de la *interpretación evolutiva de la Constitución y si acomodo a la realidad de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.* A este respecto, me gustaría recalcar que ninguna de estas leyes o en su debate ético, constatará como argumento principal en contra, la dignidad de la mujer, la vulneración de su integridad física y la comercialización de la función materna así como de los niños, en pro de un beneficio económico que si bien, esta propuesta pretende legalizar este contrato únicamente en su vertiente solidaria, como ocurre en países como Reino Unido, resultaría complicado, cuanto menos, el control de la verdadera existencia de un ánimo altruista. Ni ningún argumento con el que se pudiera hacer una verdadera comparativa.

Por ello considero, que no se puede asimilar la evolución social y jurídica que supuso la promulgación de esas leyes, con lo que supondría una regulación, enfocada a la legalidad de la maternidad subrogada.

⁶² Bellver Capella, V, “Proposición de Ley sobre maternidad subrogada”, *Red de Investigaciones Filosóficas*, SCIO, publicada: 24/05/18 (disponible en: <https://proyectoscio.ucv.es/actualidad/sobre-maternidad-subrogada/> última consulta: 08/02/19)

⁶³ Art 1 : (...) *El derecho de las personas a la gestación por subrogación (...) asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes (...)*

⁶⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE núm 157 del 02 de Julio de 2005.

⁶⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE núm 312 de 29 de Diciembre de 2007

De las disposiciones generales de esta Propuesta, se desprende una serie de requisitos y características⁶⁶:

- Únicamente podrá ser considerada mujer gestante aquella que no aporte material genético propio al preembrión que va a gestar.
- El contrato ha de ser un documento público otorgado ante notario, e inscrito en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación.
- La gestación subrogada únicamente puede realizarse en caso de inexistencia de riesgo grave para la salud física o psíquica, de la gestante o la posible descendencia.
- La mujer gestante debe consentir de manera libre y consciente tras haber sido informada de los riesgos y condiciones establecidos en la Ley.
- Los padres comitentes han de haber agotado todas las vías posibles. Este punto indica, que se trata de una técnica alternativa.
- Naturaleza altruista del contrato, sin perjuicio de una compensación resarcitoria de la mujer gestante, entendiéndose esta extendida únicamente a gastos y lucro cesante derivados de la condición de gestante; proporcionar a la mujer las condiciones idóneas durante los estudios, tratamiento pregestacional, gestación y postparto. Siendo este carácter gratuito del contrato controlado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la CNRHA. En este sentido, resulta cuanto menos curioso pensar que en el caso de donaciones inter vivos, no se prevé ningún plan de compensación semejante.
- La mujer gestante será beneficiaria de un seguro que deberán tomar a su cargo los comitentes en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas ocasionados como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación.

En cuanto a los requisitos para poder ser mujer gestante, la propuesta Ley hace hincapié en requisitos psíquicos, pues se exige que no haya sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos, así como contar con antecedentes limpios de abuso de sustancias alcohólicas o de drogas. Otro requisito implica la gestación de un hijo sano con anterioridad pero excluye la posibilidad de que hayan sido madres gestantes por subrogación con anterioridad. Todo ello junto a la necesidad de capacidad jurídica y de obrar así como ser mayores de 25 años y tener unas condiciones socioeconómica y

⁶⁶ Del Rosario Diaz Romero, M. *Autonomía de la voluntad y...* cit. pp 91-96.

familiar adecuada para llevar a cabo la gestación, serán examinadas por los centros públicos habilitados por las Comunidades Autónomas con ocasión de la inscripción de la mujer en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación.

En lo que respecta a los requisitos exigidos para los usuarios de esta Propuesta de Ley en condición de progenitor subrogante, se exigen que hayan agotado o sean incompatibles con las técnicas de reproducción asistida, en cuanto a la edad, se equipara a la situación de adopción, estableciendo el rango de la misma entre los 25 y los 45 años. Deben aportar su propio material genético. Contar con capacidad jurídica y de obrar plena así como, con *capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental*.

En lo relacionado a la filiación del menor nacido a través de estas técnicas, establece el carácter irreversible del contrato así como la filiación directa respecto de los progenitores subrogantes y en ningún caso de la madre gestante. En caso de fallecimiento de uno de los progenitores subrogados, sólo se podrá inscribir la filiación en caso de que esta se produzca una vez se haya producido la transferencia embrionaria al útero gestante. Sin perjuicio de lo anterior, si el fallecido otorgado su consentimiento, podrá producirse la transferencia en los 12 meses siguientes y seguir teniendo validez el contrato y la correspondiente filiación en su favor.

Esta propuesta sin embargo adolece de ciertas cuestiones prácticas, una de ellas se deja entrever en los requisitos de los padres subrogantes, pues, si bien es necesario que se hayan agotado o sea incompatible con las técnicas de reproducción asistida, denota un sesgo machista⁶⁷, pues un varón sin más, puede acudir a una mujer gestante para formar una familia, sin embargo, una mujer ha de acreditar un problema de incapacidad fisiológica, lo que implica una desigualdad. En lo que se refiere a la prohibición del vínculo de consanguineidad entre la mujer gestante y los padres subrogados, existe una controversia, pues el hecho de que sea familia reduce drásticamente el riesgo de explotación de la mujer pero sin embargo, puede resultar peligroso para los hijos⁶⁸.

La propuesta de Ley deniega la posibilidad de los hijos nacidos mediante esta técnica a conocer sus orígenes, al establecer que en el Registro Civil, bajo ningún caso, se *reflejarán datos de los que se pueda injerir el carácter de la generación*. Resulta incluso sarcástico que todos los datos de la madre gestante estén a disposición del Registro, pero

⁶⁷Bellver Capella, V, “Proposición de Ley sobre maternidad subrogada”, cit.

⁶⁸ Bellver Capella, V, “Proposición de Ley sobre maternidad subrogada”, cit.

sin embargo, no se deje constancia en el Registro Civil de la celebración de ese contrato en relación al nacimiento de un niño.

Habiendo realizado un análisis de la propuesta de legislación, si bien es cierto que la intención de la misma es salvaguardar los derechos de las personas implicadas, parece que el tema se aborda desde un punto de vista que puede llegar a ser ingenuo. En este sentido, puede ser mejorada, sin embargo, resulta una labor de extrema complejidad abordar con la misma intención y sobretodo garantizando resultados acorde a la intención, el tema de la maternidad subrogada.

5. ADMISIÓN Y EFECTOS DECISIONES EXTRANJERAS

5.1 INTRODUCCIÓN : CRÍTICA STS 06/02/2013.

La prohibición de la realización de este tipo de contratos en España, no disuade a las personas de llevarlo a cabo. Por ello, se ha convertido una práctica común que muchos españoles que deseen tener un hijo a través de este tipo de técnica, recurran a terceros países permisivos. Entre los años 2010 y 2016, los países más demandados por españoles, de un total de 979 registros en oficinas consulares de 12 países distintos son: EEUU en un 54% y Ucrania en un 24 %⁶⁹.

En este caso, el verdadero problema aflora con la inscripción registral y el reconocimiento de filiación, que haya sido determinada de acuerdo a la ley extranjera permisiva en el uso de la maternidad subrogada y que reconoce efectos legales a la renuncia de la filiación de la madre gestante a favor de los padres intencionales o comitentes.⁷⁰

Ahora bien, al acudir al extranjero para tener un hijo a través de esta práctica legal y cuya filiación se reconoce en el país en cuestión, si en España no se reconoce dicha filiación establecida a través de una resolución extranjera ¿Atentaría contra el derecho del menor a una identidad única?

A este respecto, resulta muy ilustrativa a Sentencia del Tribunal Supremo 06/02/2013⁷¹

⁶⁹Pilar Álvarez, “ El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EEUU y Ucrania” *El País*, diciembre 2017 a partir de Datos del Congreso. (disponible en: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html ,última consulta: 07/02/19)

⁷⁰ Del Rosario Diaz Romero, M. *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada...* cit, p. 13.

⁷¹ Disponible: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6958977&statsQueryId=120165137&calledfrom=searchresults&links=%22245%2F2012%22%20%22835%2F2013%22&optimize=20140214&publicinterface=true> (última consulta: 07/06/19)

El proceso comienza con una demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la DGRN, en Valencia, admitida a trámite, en la que se solicita la cancelación de la inscripción de filiación de dos menores a favor de dos españoles, por haber nacido a través de un contrato de gestación por sustitución en Los Ángeles, ya que se infringe directamente un precepto de la Ley española, por lo tanto se trata de un acto contrario al orden público español. La demanda fue estimada por lo que se deja sin efectos la inscripción de nacimiento de los dos menores.⁷²

Posteriormente se interpuso un recurso de casación por los padres comitentes ante el Tribunal Supremo. Basando su alegación en:

1. Vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE,
2. Interés superior del menor pues, ellos son los mejores padres al haber mostrado su consentimiento de serlo frente a una madre gestante que ha consentido en ser una mera parte de un contrato. Así como el hecho de que los menores queden desprotegidos como consecuencia del debilitamiento de su posición jurídica y, por último el menoscabo del derecho a una identidad única. Derechos recogidos en la Convención de Derechos del Niño.
3. El contrato únicamente incide de manera periférica en el orden público internacional español, pues este únicamente impide el reconocimiento y la ejecución de estos contratos en el territorio español, pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato realizado fuera de España.

El Tribunal dictó sentencia desestimatoria del recurso de casación en la que se establece que el ordenamiento español reconocerá la decisión extranjera si cumple con el requisito necesario “*que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan*”.

Por lo tanto, deniega la inscripción de filiación de los menores, no porque los solicitantes sean dos varones, por lo que el argumento de discriminación resulta no tener fundamento, si no que la sentencia se basa en la protección del orden público español, al ser fruto de un contrato de gestación.

⁷² Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, Sentencia del 15 de septiembre. 2010, proc. 188/210. (Disponible:<https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-primera-instancia-inscripción-maternidad-subrogada.pdf> última consulta: 01/02/19)

El Tribunal pone de manifiesto la necesidad de respetar ante todo el Interés superior del menor, definido como *concepto esencialmente controvertido* pues al no existir unanimidad social para definirlo de manera concreta, ésta ha de realizarse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, representados en las leyes y principios generales nacionales así como las convenciones internacionales. Así mismo establece que han de ponderarse el resto de bienes jurídicos protegidos, a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de la gestante, evitar la “cosificación” de la mujer aprovechándose de una situación de pobreza en mujeres jóvenes así como evitar la comercialización de la gestación y filiación. Además establece que habría de producirse la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a la luz, desvirtuándose de este modo el principio romano de *mater Semper certa est*, así como el garantizar la existencia de núcleo familiar formado por los recurrentes (los padres comitentes) y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de los menores.⁷³

En relación al orden público internacional, comencemos señalando que no estamos ante una cuestión que se resuelva a través de la aplicación de la técnica de norma de conflicto, si no que más bien, hay que aplicar la técnica de reconocimiento de una decisión de autoridad. En este caso, la decisión adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California en la que aparecen los menores con la filiación de los recurrentes. Por ello se hizo referencia al artículo 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil que exigen un control de regularidad y autenticidad, es decir que el asiento que certifica tenga unas garantías análogas a las exigidas en nuestro ordenamiento. En concurrencia con el art 23 de la Ley del Registro Civil que exige también que se realice un control sobre la cuestión de fondo, no únicamente a los aspectos formales. En sentido, el voto particular entiende que lo verdaderamente interesa es el *reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana, en relación con el amparo que se presta a unos hijos de españoles, al margen de un contrato en cuya proyección no han intervenido los menores, por lo que el instrumento contractual no puede ser la causa de denegación del reconocimiento.*⁷⁴ Por lo tanto, en este caso la filiación ya ha sido determinada por lo que la verdadera

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, 6 de febrero de 2014. *La razón de la denegación de la inscripción de la filiación no es que la misma estuviera determinada a favor de un matrimonio de dos varones, sino que estaba determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Interés superior del menor.* (F.J: 4º “inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual” disponible:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=6958977&statsQueryId=120165137&calledfrom=searchresults&links=%22245%2F2012%22%20%22835%2F2013%22&optimize=20140214&publicinterface=true>) (última consulta: 04/05/19)

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, 6 de febrero de 2014. Cit.

cuestión radica en resolver si esa cuestión sería contraria o no al orden público internacional español.

En este sentido, el Voto particular también discrepa con la Sentencia en lo que respecta a la “vulneración del orden público” . Estableciendo que hay que diferenciar del hecho de llevar a cabo un contrato de gestación subrogada en España de los efectos que producen cuando éstas se han producido en un país permisivo y que además gozan de eficacia vinculante derivada de la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo. Por lo que haciendo referencia al Informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya 10 de marzo de 2012 sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional, llegan a la conclusión de que los Tribunales españoles no están sometidos al control de legalidad del contrato si no al *reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa*.

Por lo tanto la denegación del reconocimiento de una decisión de estas características únicamente puede producirse cuando sea contraria al orden público internacional español entendido desde la perspectiva del interés superior del menor.

En cuanto a los aspectos morales respecto a la “cosificación de la mujer” a la “mercantilización de la filiación y gestación” que se destacan en la Sentencia, el voto particular se pronuncia al respecto estableciendo que al tratarse de un Estado que comparte con España ámbitos privilegiados de cooperación internacional en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, se entiende que estos aspectos formales están controlados al emitir el consentimiento la madre gestante frente a una autoridad competente que vela porque se preste *con libertad y conocimiento de las consecuencias* y bajo las previsiones legales establecidas en su regulación. Así como el hecho de que tampoco se puede subestimar la capacidad de consentimiento de la madre gestante. Concluye este punto el voto particular estableciendo que es a un niño a quien se le da una familia y no a una familia un niño.

Lo que resulta particularmente interesante respecto al fallo, deriva del hecho de que el Tribunal estaba formado por 9 Magistrados. El fallo se dictó por 5 de ellos, existiendo un voto particular de los restantes 4. Considero que es una representación de la división de la Sociedad, en la que unos están a favor de dar “el paso” mientras otros son más reticentes.

5.1.1 CONSECUENCIAS Y OTROS FENÓMENOS.

A medida que avanzaba en el tiempo este caso, también lo hacía la legislación española con las directivas de la DGRN, así como el efecto de irradiación de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró contrario al Convenio de Derechos Humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos por gestación por sustitución. Esta declaración se hizo a través de la sentencia en el caso *Mennesson* contra Francia y *Labasse* contra Francia en 2014. En este sentido se aprecia que el camino que sigue la legislación internacional desemboca en intentar lograr la armonización de la regulación en los países europeos, puesto que implica un aspecto más de la libertad de circulación de las personas en la Unión Europea y su falta de regulación entorpece gravemente esta libertad reconocida en todos los países pertenecientes a la Unión. Otro cambio desconcertante producido en este periodo fue la decisión de las autoridades legislativas de la India⁷⁵ pues denegaron el acceso a estas técnicas a personas provenientes de países en los que se encontrara prohibida. Esta decisión afectó a numerosos españoles que ya se encontraban en el proceso, que ya habían firmado los respectivos contratos, además del impacto económico que les generó pues tenían que alargar su estancia en la India, hasta que el problema se solucionara.

5.2 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO (GRN)

La filiación resulta uno de los extremos objeto de inscripción en el Registro Civil, pues como se desprende del art 1.2 de la LRC de 1.957, supone una cualidad relativa al estado civil de las personas (refiriéndose a los apellidos, patria potestad, obligación de alimentos y derechos sucesorios) y, al mismo tiempo, aporta una circunstancia personal individualizadora de interés que permite la identificación jurídica de la persona a quien se refiere el hecho inscribible.⁷⁶

⁷⁵ País permisivo a la maternidad subrogada. Destino de muchos españoles que buscan recurrir a esta práctica pero que carecen de recursos económicos suficientes para acudir a EEUU. Rollano Vega, L “India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gays y extranjeros”, *El País*, 2017, disponible : https://elpais.com/internacional/2017/09/27/actualidad/1506529140_757638.html última consulta: 07/06/19.

⁷⁶ Peré Raluy, J., *La filiación y el Registro Civil*, Anuario de Derecho Civil (ADC), Vol. 9, núm.III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1956, p.877

5.2.1 INSTRUCCIÓN DGRN 5/10/210

Consecuencia directa de la prohibición legal de la realización de estos contratos en nuestro ordenamiento, es el hecho de que numerosos españoles recurran a terceros países en los cuales sí que está permitido para de este modo, cumplimentar su deseo de formar una familia. La problemática surge en relación a los efectos producidos en cuanto a la admisión por el Registro Civil de inscripciones de filiación de los nacidos en país extranjero por medio de tales técnicas, a nombre de los contratantes solicitantes de tal filiación en los Registros Civiles consulares. Junto a este, se desglosan otros problemas como la consideración del consentimiento de procrear como criterio exclusivo de la determinación de la filiación para el caso en que la parte que solicite el servicio no aporte su material genético.

En busca de una solución que pudiera resolver el problema planteado, la Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado 5-10-2010⁷⁷, exige como requisito indispensable para que pueda procederse a la inscripción, la resolución judicial dictada en el país en el de origen.

Esta resolución, hace frente al problema al alejarlo de la técnica jurídica de conflicto de leyes y aproximarlos al reconocimiento de una decisión de autoridad extranjera.

La instrucción en cuestión, tiene como objetivo principal garantizar la seguridad jurídica en atención al interés superior del menor que de hecho ya ha nacido y por lo tanto prima sobre cualquier otro objeto relativo a la prohibición o legalización de la maternidad subrogada. Por ello, se desprende de la propia Instrucción la determinación a abordar tres cuestiones fundamentales:

1. Los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento.
2. La inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores.
3. la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico.

⁷⁷ Disponible: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/i051010-jus.html (última consulta: 07/06/19)

Siguiendo las directrices de la DGRN, la exigencia de resolución judicial dictada por Tribunal competente en el país de origen, constituye una garantía al control de legalidad respecto al perfeccionamiento y contenido del contrato según la legislación del país en el que se formalizó, pero este control va más allá, ya que permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, salvándola de posibles errores en el consentimiento así como de casos de violencia, engaño etc. Del mismo modo, se evita así la simulación de contratos para el tráfico internacional de menores.

Ahora bien, de acuerdo con la legislación establecida en la LEC, la resolución extranjera deberá ser sometida al procedimiento de *exequátur* salvo aquellos casos en los que la resolución extranjera en cuestión se hubiera dictado a través de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso se realizará a través del control incidental⁷⁸.

Sin embargo, esta Instrucción no abarca solución a todas las situaciones posibles, pues recientemente se han dado casos en los que los registros consulares españoles en determinados países se negaban a inscribir a los recién nacidos a través de un contrato por gestación subrogada. Esto es, porque dentro de las diferentes opciones que la Instrucción ofrece a los usuarios, existen países como EEUU en los que se dicta una resolución judicial para determinar la paternidad, caso que no plantea problema pues sólo habría que seguir las ya analizadas indicaciones para conseguir la inscripción de filiación en España. Sin embargo, en otros países como Ucrania, Rusia o Georgia, en los que no se da este procedimiento judicial, la inscripción de la filiación venía determinada a través de pruebas de paternidad, la constatación con el ADN de los padres intencionales es lo

⁷⁸ En dicho control incidental deberá constatar:

a) *La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

c) *Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

e) *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.* 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, BOE núm 243, (disponible: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/i051010-jus.html) última consulta: 01/06/19

que “abriría las puertas” a la inscripción de la filiación en España⁷⁹, medio ofrecido por el art 10.3 LTRHA y artículos 764 y siguientes de la LEC.

5.2.2 ISNTRUCCIÓN 14/02/19⁸⁰

A través de esta Instrucción, se establece que la inscripción deberá hacerse mediante los requisitos y procedimientos ya analizados de la Instrucción 5/10/10.

Establece también que en ningún caso se considerará como título apto para la inscripción una mera certificación extranjera.

La mayor novedad que introduce esta instrucción es que con arreglo al principio de verdad biológica y de este modo garantizar el conocimiento por parte del niño de sus orígenes así como la prevención del tráfico internacional de menores. Dicho reconocimiento debería completarse mediante otros medios de prueba suficientes, para de este modo, acreditar la realidad de esa filiación paterna. Para ello, el método más común debido a su sencillez son las pruebas de ADN, realizada de acuerdo a las garantías médicas y jurídicas. Una vez acreditada la filiación paterna, se procederá a su inscripción⁸¹.

Los efectos de esta instrucción eran derogatorios de la del 5 de octubre de 2010 y sustituía a la misma.

La vía que ofrece esta instrucción es la adoptada para garantizar que en aquellos países en los que la filiación no se determina a través de una resolución judicial, puedan sin embargo, recurriendo a otros métodos como es la prueba del ADN, acogerse los padres intencionales españoles que han “tenido un hijo” por medio de esta práctica en países como Georgia, Ucrania.

5.2.3 INSTRUCCIÓN 18/02/19⁸²

Esta Instrucción deja sin efecto la del 14 de febrero de 2019 a todos los efectos, incluidos los derogatorios, en relación a todos los niños nacidos tras la publicación de esta nueva

⁷⁹ Zuñil, M. *La embajada Ucraniana cierra el grifo de la gestación y no dará más pasaportes*, El Confidencial, 19/02/19, (disponible: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-19/ucrania-vientres-de-alquiler-gestacion-pasaporte_1834958/ última consulta: 07/06/19)

⁸⁰ Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 14/02/19 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (disponible: https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf última consulta: 10/06/19)

⁸¹ Directriz segunda.

⁸² Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 18/02/19 (disponible: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/21/pdfs/BOE-A-2019-2367.pdf> última consulta: 11/06/19)

instrucción en el BOE. Así mismo, establece que la inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de los niños nacidos mediante esta práctica, únicamente será estimada cuando exista una resolución judicial de las autoridades extranjeras que sea firme y dotada de exequatur o reconocimiento a título incidental, según se desprende de la Instrucción 5/10/10.

De esta Instrucción se desprende por lo tanto, que únicamente en aquellos países en los que se realicen este tipo de procedimientos judiciales (como EEUU) serán aptos para españoles que quieren recurrir a esta práctica, abandonando otros países como Ucrania, en el que no existe este tipo de procesos y por lo tanto cerrando la posibilidad para los españoles de realizar un contrato de gestación por sustitución en este tipo de países.

La consecuencia directa de la publicación el 21 de febrero de esta instrucción, fue que la embajada española en Kiev⁸³ dejara de inscribir a los niños nacidos mediante esta técnica al no cumplirse los requisitos de resolución judicial necesaria prevista en la Instrucción.

Analizando la evolución de las instrucciones, y teniendo en cuenta que no son cuerpos legislativos estrictamente hablando, si no más bien instrumentos interpretativos, se desprende una tendencia a la regulación estricta de estos supuestos. Es decir, el Ministerio de Justicia pretende lograr una mayor protección de la mujer gestante, que se garantiza a través del control de legalidad que realizan los jueces en los países de origen.

Ahora bien, la consecuencia práctica se desglosa en el hecho de que los niños que ya estaban siendo gestados nacerían sin el reconocimiento de filiación lo que supone una enorme vulneración del ya mencionado principio de interés superior del menor. Esta situación se traduce en problemas relativos a la herencia por ejemplo, qué ocurriría si en ese periodo de tiempo en el que el niño no tiene reconocida filiación alguna se queda huérfano de padres intencionales, ¿Tendría entonces algún derecho hereditario respecto al causante? Y más importante, ¿quién representa legalmente al niño?.

⁸³ Más de treinta familias sufrieron el limbo jurídico en Kiev al no poder inscribir a “sus hijos” nacidos a través de la práctica de gestación subrogada cuando se publicó esta inscripción. Siendo su única solución en ese momento solicitar al gobierno ucraniano que expidieran los documentos de viaje necesarios de los niños para poderlos llevar a España y una vez ahí, comenzar un proceso distinto, cuya duración se estimaba en dos años, con el fin de que se reconociera la filiación en cuestión. Zuñi M, “Nueva pesadilla en Kiev: otras 30 familias atrapadas con sus bebés”. *El Confidencial*, 29/03/19, act 22/05/19. Disponible: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-03-29/ucrania-ventre-alquiler-gestacion-pasaporte-colapso_1910646/ (última consulta: 11/06/19)

6. DERECHO COMPARADO

Me gustaría en este punto, hacer un breve análisis de la tendencia internacional en relación al tema en cuestión. Pues, como veremos, nuestro Ordenamiento Jurídico, no es el único que se encuentra en situación de “indecisión” respecto a la regulación de los supuestos de maternidad subrogada. Si no que, son muchos los países carentes de regulación expresa sobre el tema. Lo que se traduce en inseguridad y desprotección jurídica tanto para las madres gestantes, padres de intención y sobretodo, los niños nacidos como resultado de la utilización de esta técnica.

En este sentido y, a pese al alto grado de globalización en el que nos encontramos actualmente, no existe ningún instrumento normativo, ya sea a nivel internacional, comunitario o regional que regule la gestación por sustitución de un modo unificado y global.⁸⁴

6.1 REGULACIÓN DEPENDIENDO DEL GRADO DE LEGALIZACIÓN.

A nivel Europeo, los 28 Estados integrantes de la Unión Europea, tienen marcos jurídicos muy diversos en torno a esta figura de entre los cuales 15 de ellos la prohíben expresamente.

6.1.1 PROHIBICIÓN GENERAL

En Francia a pesar de no estar permitida, se reconoce la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica para el caso de que se hubiese practicado en el extranjero y se dispusiera del certificado de filiación emitido en el país permisivo. El Código Civil⁸⁵ francés, en su artículo 16.7, establece la nulidad de cualquier contrato de subrogación establecido entre los padres intencionales y la madre gestante. En este sentido, el mismo artículo establece que ni el cuerpo humano, ni sus elementos o productos podrán ser objeto de derecho de patrimonial. No sólo se encuentra regulado en el C.C, si no que, el

⁸⁴ Vilar Gonzalez S., *La gestación subrogada en España...*, cit, p 167.

⁸⁵ Code Civil, version consolidee au 25 mars 2019 (disponible: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>)

ordenamiento también prevé sanciones de orden penal (art 227 C.P) en virtud de las cuales se castiga la incitación al abandono a la madre gestante con pena de 6 meses de prisión y multa de 7.500€, así como la intermediación para llevar a cabo esta práctica con un año de cárcel y 15.000€ de multa, duplicado en caso de reincidencia o ánimo de lucro. Este precepto establece una de las principales diferencias con nuestro ordenamiento al ilegalizar la constitución de agencias intermediarias.

En Alemania, la Ley de protección del embrión 745/1990 de 13 de diciembre es la que en su primer artículo aborda el tema estableciendo una sanción de pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa a los profesionales médicos que hicieran un uso inadecuado de embriones de embriones humanos. Llama la atención la ausencia de responsabilidad de los padres comitentes y de la madre gestante, considerando responsable a las personas que las lleven a cabo, es decir, los profesionales.

En Italia, la prohibición de este contrato se encuentra en la Ley 40/2004⁸⁶, sobre normas en materia de procreación médica asistida. Se trata de un texto normativo muy restrictivo al considerar la fecundación artificial como último recurso permisivo una vez agotadas todas las vías terapéuticas eficaces para eliminar la esterilidad o infertilidad. El art 12.6 de esta ley establece que cualquier persona que produzca, intermedie o anuncie la venta de gametos o embriones o la gestación por sustitución, será castigado con penas de prisión de entre tres meses y dos años, así como con multas de entre 600.000€ a 1.000.000€. A diferencia de la regulación Alemana, en Italia se castiga tanto a los profesionales como a los padres intencionales y madre gestante.

6.2.2 LEGALIZACIÓN MODALIDAD ALTRUISTA

Dentro de este tipo de regulación y siguiendo a Eleonora Lamm⁸⁷, podemos diferenciar dos grupos:

1. Proceso de “pre-aprobación” de los acuerdos de gestación por sustitución que han de ser presentados ante un organismo, ya sea judicial o Comité, con el fin de que lo aprueben previo al sometimiento del procedimiento médico.

⁸⁶ Ley italiana no40 que entró en vigor el 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médica asistida.

⁸⁷ Lamm E., *Gestación por sustitución, realidad y derecho*, InDret revista para el análisis del derecho, Barcelona julio 2012, (disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/260860/348063>) última consulta: 10/06/19.

Este es el caso de países como Israel, que regula dicha situación a través de la Ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996. En Grecia, este tema se encuentra regulado en dos textos normativos: Ley 3089/2002 y Ley 3305/2005, en los que se establecen las condiciones y requisitos bajo los que permite el uso de esta técnica, la cual deberá ser permitida a través de una autorización judicial y seguida de un escrito de la madre intencional explicando los motivos por los que es incapaz de concebir.

2. Procedimiento enfocado a la obtención por parte de los comitentes de la paternidad legal del niño nacido como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*.

Dentro de este grupo encontramos países como Reino Unido, que a través de la Surrogacy Agreements Act 1985 para R.U de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, regula esta modalidad y penaliza la práctica comercial de estos acuerdos. Según la legislación británica, la filiación materna se determina por el parto y sólo se transfiere pasado un periodo de reflexión de 6 semanas a los padres intencionales si lo solicitan judicialmente⁸⁸ mediante una *parental order*. Sucediéndose así dos certificados de nacimiento.

En conclusión, este segundo grupo hace hincapié en la protección de la gestante al no poner peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto su embarazo y protege su derecho de cambiar de opinión. Adolece sin embargo de ambigüedad pues la gestante también es considerada madre, lo que contradice la filosofía de la figura de gestación por sustitución.

6.2.3 LEGALIZACIÓN PRÁCTICA COMERCIAL.

El Estado de California, viene siendo pionero en la regulación de los contratos de gestación por sustitución en su versión comercial, siguiendo una línea jurisprudencial tendente al reconocimiento y obligatoriedad de los de los acuerdos y estableciendo que en caso de disputa, frente a los hechos de la biología o la gestación, valor preponderante a la voluntad de las partes⁸⁹. Es por ello considerado uno de los Estados que más garantías ofrece. La regulación de este Estado se caracteriza especialmente por la determinación judicial de la filiación, mediante sentencia a favor de los solicitantes y que el origen de la

⁸⁸ Quiñones Escamez, A., *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, InDret: Revista para el análisis del derecho, nº3 2009 , p32 (disponible: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf , última consulta: 10/06/19)

⁸⁹ Kindregan C.P y Mcbrien M., *Assisted reproductive technology. A lawyer's guide to emerging law and science*. ABA publishing Chicago (EEUU) 2011, p.162.

permisión de la maternidad subrogada viene determinada jurisprudencialmente a partir del caso Calvert 1993⁹⁰. En relación a los derechos de la gestante, se rige por Californian Family Code Sections 7630-7644 de 2005, caracterizándose porque se permite para todos los modelos de familia, sin distinción de estado civil, orientación sexual etc. Y que el criterio de atribución de filiación es la intención de procreación con independencia del origen de la carga genética.

6.3 TURISMO REPRODUCTIVO

Como consecuencia de las diversas respuestas jurídicas en el ámbito internacional, ha propiciado lo que se conoce como *turismo reproductivo o de fertilidad*, este fenómeno implica el desplazamiento de una persona o pareja, deseosa de formar una familia, de su país de origen o residencia a otro en el que se encuentren legalmente disponibles las técnicas de reproducción asistida necesarias para cumplimentar su deseo. Por lo que este tipo de turismo y por ende la práctica de esta técnica solo está al alcance de personas con un cierto nivel económico que les permita tener estos gastos, lo que implica que las parejas que no pueden permitírselo no tengan acceso a este servicio, por lo que es un derecho reservado para unos pocos.

En este sentido habría que diferenciar a las parejas con alto poder adquisitivo cuyo lugar de destino suele ser EEUU o aquellas que no gozan de ese nivel, y recurren a países como Ucrania aún rehipotecando sus casas.

Además, una de las características que resulta preocupante de este turismo reproductivo deriva de la falta de control de legalidad y calidad en los países en vía de desarrollo, por la posible explotación de la mujer.

También resulta interesante matizar que la existencia y permiso de este tipo de turismo, favorece la visión y la idea de que la reproducción humana es un objeto de comercio.

Es por ello que parece bastante hipócrita o contradictorio que en un país en el que no está permitido el desarrollo de este tipo de prácticas, precisamente por cuestiones como la mercantilización del cuerpo de la mujer, de los niños así como por considerarlas un ataque a la dignidad de las personas, permitan sin embargo que sus nacionales recurran a terceros países permisivos; muchos de ellos en vía de desarrollo y con escasos controles que garanticen el respeto a la mujer y su dignidad, que cuentan un marco jurídico escueto para

⁹⁰ Del Rosario Diaz Romero, M. *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada...* cit, pp 85-88.

la mujer , en los que se está favoreciendo el abuso de las mismas, desprotegidas y en situación de pobreza, para luego reconocer a esos niños como españoles así como garantizar la inscripción de la filiación.

7. ÉTICA Y MORAL

La ética como ciencia o filosofía ha acompañado nuestro desarrollo desde Sócrates (segunda mitad del S.V), que fue de los primeros, si no el primero, en teorizar sobre los conceptos morales básicos, a saber: lo bueno y la virtud.⁹¹

El hecho de que la humanidad siga evolucionando y desarrollando nuevas técnicas que nos concedan “nuestros deseos” de la manera más instantánea, y el poder que ello nos otorga, sería de necios el no preguntarnos dónde encontrar el límite, cómo encajamos el desarrollo en nuestra condición de seres racionales, humanos y el respeto a los derechos fundamentales, inherentes de las personas. Como no podía ser de otra forma, el debate sobre la ética y la moral en relación a esta técnica ha aflorado y con él se desarrollan numerosos argumentos de peso.

Es por ello que resulta conveniente remitirnos a una apreciación kelseniana acerca del “deber jurídico”, siendo este definido de la siguiente manera : “El deber es originariamente un concepto específico de la moral, y designa a la norma ética en su relación con el individuo a quien se prescribe o prohíbe determinada conducta”.⁹² Pues en efecto, la norma ética es lo que posteriormente se planta en el cuerpo legislativo, a través de códigos y leyes.

En este sentido hemos de ser conscientes de que la actuación de los abogados y los legisladores, no debe separarse de los valores fundamentales del hombre y para ello es necesario que tenga en mente la ética, deben pues, predicar con el ejemplo.

En lo que al tema a tratar respecta, parece ser que la sociedad se encuentra dividida entre los defensores y detractores de esta técnica. La mayor parte de los argumentos que utilizan los que se posicionan en contra son más bien de carácter moral, ético y religioso, siendo escasos aquellos basados en el ámbito jurídico o científico.

Muchos abogan por el respeto a la dignidad de la mujer y del niño, en palabras de Álvarez de Toledo Quintana: “ *la posibilidad de convertir el cuerpo de la mujer gestante en una*

⁹¹ Barreto, D., Jaramillo, Y., La Rosa, Y., Sulbaran, A., Ybarra, J “Ética de Sócrates”, *El Blog de Filosofía del Derecho*, (Disponible en: <http://filosofiadelderecho-ugma.over-blog.es/article-etica-de-socrates-101022086.html>) última consulta: 28/03/19

⁹² Garcia Maynez, E. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, Mexico, 1978, p. 61.

mercancía, sin duda origina un problema ético".⁹³ Esta idea es la que nos remite al argumento de "cosificación de la mujer". Sobre este aspecto se han pronunciado numerosas organizaciones como el Foro de la Familia, la plataforma No Somos Vasijas, entre otras, al resaltar que este tipo de prácticas suponen un enorme retroceso en el reconocimiento de derechos fundamentales ya que permitirían nuevas formas de explotación de las mujeres, así como abrir el camino para el tráfico de niños, lo que los convertiría en *res in commercium* y como ya sabemos, únicamente se puede mercantilizar con *res* que se encuentren en el comercio de los hombres y los niños no forman parte de este ya que se atentaría contra los principios fundamentales de un Estado social y democrático de derecho, como es el nuestro (art 1 CE). Además inciden en que no es el útero lo que se alquila, pues el embarazo repercute en numerosos aspectos tanto físicos como psicológicos de la mujer gestante, por lo que el término correcto sería maternidad subrogada pues las diferentes maneras de denominar esta práctica solo intentan ocultar la realidad y dulcificarla.

7.1 PROBLEMA ECONÓMICO

Como ya hemos visto, la regulación de la maternidad subrogada puede realizarse de diferentes maneras, altruista o con compensación económica.

Centrándonos en la modalidad onerosa del contrato, vamos a hacer referencia a una serie de efectos, determinados por el Premio Nobel de Economía en 2012, Alvin Roth⁹⁴, derivados de la mercantilización, generando en la sociedad un sentimiento de aversión:

- Al poner precio a determinados objetos, valores etc, se corre el riesgo de "cosificarlos" convertirlos en impersonales, haciéndole perder su valor moral. Es lo que ocurre cuando hablamos de la "cosificación de la mujer".
- Individuos que se encuentran en situaciones financieras no favorables, pueden verse sometidos a coerción, ya que se les está haciendo una oferta que "no se puede rechazar".
- Pérdida del altruismo, lo que pondría en peligro la búsqueda y consecución del bien común que es el Estado de Derecho, frente a la satisfacción del bienestar individual inmediato.

⁹³ Alvarez de Toledo Quintana, L. *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el...* cit, núm 2, pp. 5-49.

⁹⁴ Roth A., "Repugnance as a Constraint in Markets", *Journal of economic perspectives*, 2007.

Otro punto al que me gustaría referirme en este apartado, es el relativo al nicho de mercado del que se han aprovechado muchas agencias intermediarias entre españoles que quieren ser padres y la madre gestante del país permisivo en cuestión, como es el caso de Subrobaby, Go4baby, Gestlife etc, aproximadamente una decena de estas agencias se encuentran inscritas en el Registro Mercantil.⁹⁵ Estas agencias se están aprovechando del limbo del sistema normativo actual en España, para operar y lucrarse sin estar sometidas casi a ningún control jurídico, siguiendo a Pilar Nicolás, jurista especializada en derecho bioético; la única manera de controlar y regular el régimen y sistema de estas agencias pasa o bien por la regulación legal de la maternidad subrogada o por la prohibición de estos intermediarios.

También llama la atención en este punto, el hecho de que las personas que quieran acceder a este tipo de prácticas han de contar con un poder adquisitivo medio-alto, pues a modo de ejemplo, en países como EEUU, esta práctica se encuentra valorada en 100.000€, siendo este uno de los países más caros que a la vez presenta las garantías recogidas en la Instrucción DGRN de 2010. Lo que implica una desigualdad en el acceso a este “derecho” pues no todo el mundo puede permitírselo.

Por todo lo expuesto en este apartado, considero que la situación cada vez se encuentra más descontrolada, la onerosidad escondida tras esta práctica está contribuyendo a la desnaturalización el derecho a formar una familia. Consecuentemente, considero que una buena aproximación del Ordenamiento de cara a la regularización sería su admisión únicamente en su modalidad altruista y su inserción en el sistema público, de este modo se evitaría el problema de las agencias al mismo tiempo que se garantizaría un mayor control de calidad y respeto de las condiciones integrantes en el contrato.

7.2 GESTACIÓN SUBROGADA FRENTE A LA ADOPCION

Siguiendo a Baelo, la adopción no es una práctica novedosa pues ya se preveía en leyes tan antiguas como el Código de Hammurabi estableciendo que si uno tomaba a un hijo en adopción como si fuera su hijo, dándole su nombre y criándolo, no podrá ser reclamado por sus parientes⁹⁶. Desde entonces, hasta nuestros días, esta figura ha ido evolucionando

⁹⁵ Borraz M., “La falta de regulación alienta el negocio de la gestación subrogada en España a través de agencias intermediarias”, *El Diario*, 2018 (disponible: https://www.eldiario.es/sociedad/regulacion-posibilita-incipiente-Espana-intermediarias_0_826267584.html) última consulta: 07/06/19)

⁹⁶ Baelo Álvarez, M., *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*. Tesis Doctoral, A Coruña, 2013.

hasta encontrarse regulada en nuestro Código Civil en el Libro I, Título VII “De las relaciones paterno filiales”, Capítulo V “ De la adopción y otras formas de protección de menores” estableciendo como uno de los efectos principales efectos el hecho de que la filiación adoptiva produzca los mismos efectos que la filiación matrimonial o extramatrimonial (art 108 CC). Nuestro ordenamiento, prevé la posibilidad de una adopción abierta (art 178 CC) a través de la cual, el adoptado sigue manteniendo vinculación con su familia biológica.

He querido introducir este apartado porque gran parte de la doctrina⁹⁷ considera que un modo de evitar que los padres acudan a la gestación subrogada es precisamente que opten por la vía de la adopción, habida cuenta de que como ya hemos mencionado, no existe un derecho a tener hijos, sin embargo sí que se reconoce el derecho de los menores a disponer de una familia y de un hogar.

En este sentido, en marzo de 2019, el Consejo de Ministros aprobó un Real Decreto⁹⁸ por el se desarrolla la ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de adopción internacional. Este R.D tiene como finalidad disminuir los tiempos de tramitación y ayudar a la simplicidad del proceso de adopción. Esto se debe en buena medida a que las adopciones tanto nacionales como internacionales están descendiendo a una velocidad vertiginosa, en España, el número de adopciones a pasado de 5.541 a 531 en poco más de una década, lo que supone una caída de aproximadamente del 90%.⁹⁹ Y, causa de este descenso deriva de la cantidad de requisitos a cumplimentar así como los tiempos de espera, en definitiva, resulta mucho más fácil acudir a la gestación por sustitución en otro país que proceder a la adopción y el limbo temporal que ello conlleva.

Es por ello, que considero moralmente cuestionable desde un punto de vista social, no individual, el hecho de que nosotros como sociedad estemos dispuestos a buscar nuevas

⁹⁷ Ferraz, S. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais*, Porto Alegre, Portugal, 1991, p. 56 , Thomale, C., *Mietmutterchaft: Eine international-privatrechtliche Kritik*, Mohr Siebeck, 2015 pp. 59-72, Barboza, H.H., *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, Renovar, Portugal, 1993 p.29

⁹⁸ R.D 22 de marzo de 2019, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/220319-enlaceadopciones.aspx> (última consulta: 11/06/19).

⁹⁹ Álvarez, P., “Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década”, *El País*, 2019. (disponible: https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html , última consulta: 11/06/19)

formas de generar vidas, cuando son muchas las que ya existen y necesitan de nuestra ayuda.

7.3 IGLESIA CATÓLICA

No resultaría completa la referencia a la ética y la moral sin hacer una breve mención a la opinión de una institución religiosa que desde sus orígenes se ha relacionado con la moral y la buena actuación; La Iglesia Católica.

Para los cristianos, desde un punto de vista teológico, los hijos son considerados como un regalo de Dios, no un plan de las personas. Por lo que el recurso a los gametos de una tercera persona, constituye para éstos, una violación del compromiso recíproco de los esposos ya que es una falta grave contra una propiedad esencial del matrimonio.

En este sentido, la Iglesia es una ferviente defensora del argumento de que este tipo de prácticas constituyen “una explotación de la mujer y del niño que va a nacer, que se convierte en un objeto de consumo”¹⁰⁰, en palabras de José María Gil Tamayo, secretario general y portavoz de la Conferencia Episcopal Española.

8. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente mencionado y la posición adquirida a lo largo del trabajo, resulta necesario hacer un inciso importante sobre la diferencia de posición en la que se encuentra un juez y el legislador.

El primero, al tratar los casos de inscripción de filiación de niños ya nacidos, se rige por el criterio del interés superior del menor, lo que lleva a que se le garantice su integración en un núcleo familiar, la concesión de prestaciones sociales a las familias etc. Es decir, los casos controvertidos que hemos ido analizando, se resuelven indiferentemente de la técnica por la que haya nacido ese niño.

El segundo, no está llamado a aportar soluciones a problemas actuales, si no a regular y aportar solución a problemas futuros, por lo que su labor conlleva la protección de la dignidad y restantes derechos reconocidos a los sujetos intervinientes.

Por ello, resulta imperativo a la hora de adoptar una posición en relación a este tema distinguir las diferentes funciones y no confundir ambos planos de actuación sobre las premisas de sentencias basadas en casos concretos.

¹⁰⁰ Rueda de prensa de la Comisión Permanente. Disponible: https://www.youtube.com/watch?time_continue=4&v=DgqI28qT3dE última consulta: 13/06/19)

Es por ello, que resulta clara la situación de incongruencia jurídica en la que se encuentra nuestro ordenamiento puesto que al proteger los intereses de los menores se reconoce su filiación, sin embargo el camino se complica, como hemos visto para aquellos casos en los que los padres intencionales acuden a países como Ucrania o Georgia. Sin embargo, no se permite esta práctica en el ámbito nacional, lo que produce el fenómeno de *turismo reproductivo* poniendo en peligro el control y el respeto de los derechos de la madre gestante, que en mi opinión han de ser los que prevalezcan al momento de realizar el contrato.

En conclusión, podemos abogar que de esta situación se deriva una regulación urgente y necesaria, que reconozca esta práctica únicamente en su modalidad altruista y la consiguiente modificación del CC en cuanto a las acciones de filiación pues, el legislador ha de prever el hecho de que pueden llegar hasta 6 el número de personas que a través de los diferentes cauces legales puedan solicitar dicha filiación e igualmente la prohibición de agencias intermediarias en el asunto, siendo necesaria su instauración en el sistema público, para garantizar un control exhaustivo del procedimiento. La solicitada legislación habrá de pronunciarse de igual modo sobre los casos en los que puedan surgir complicaciones en el embarazo, quién tiene la última palabra. En definitiva, son muchas las cuestiones a las que el legislador habrá de estar atento, intentando conciliar una solución que garantice por encima de todo, la no comercialización de menores ni la cosificación con la consiguiente pérdida de dignidad de la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

• LEGISLACIÓN:

- *Constitución Española* 1978. España.
- *Código Civil* (38ª edición). España.
- *Código Penal*. 1995. España
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida. (derogada)
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. España.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. BOE núm 313 de 31 de diciembre 1990.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley 1/2000, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo
- Directiva 2004/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.
- Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE.
- Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño de 1959
- Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de Calidad y Seguridad para la Donación, la Obtención, la Evaluación, el Procesamiento, la Preservación, el Almacenamiento y la Distribución de Células y Tejidos Humanos.
- Ley General de la Seguridad Social 2015. España
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Code Civil, version consolidée au 25 mars 2019. Francia
- Ley n°40 que entró en vigor el 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médica asistida. Italia.
- Ley de protección del embrión 745/1990 de 13 de diciembre. Alemania.

- Family Code 2005. California.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley del Registro Civil 1957. España.
- Proposición de Ley 122/000061, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos. Grupo parlamentario Socialista. De 9 de mayo de 1987.
- Proposición de Ley 122/000062, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Grupo parlamentario Socialista., de 9 de mayo de 1987.
 - JURISPRUDENCIA:
 - 53/1985 Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril.
 - 120/1990 Sentencia Tribunal Supremo de 27 de junio.
 - 141/2000 Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo.
 - 881/2016 Sentencia Tribunal Supremo de 25 de octubre.
 - 953/2015 Sentencia Tribunal Supremo de 16 de noviembre.
 - 944/2014 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 13 de mayo.
 - 65192/11 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014.
 - 65941/11 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014.
 - 835/2013 Sentencia Tribunal Supremo, 6 de febrero.
 - AUTORES (LIBROS Y ARTÍCULOS):
 - Molina, X., “Las 45 mejores frases de Bertrand Rusell, el filósofo británico”, *Psicología y mente*.
 - Vilar Gonzalez, S., *Gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
 - Brunet, L (Dir), *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Parlamento Europeo, Bruselas, (Bélgica), 2012.
 - Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A, *Sistema de derecho civil. Volumen II. Tomo I: El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2016.
 - Díaz Romero M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley* nº 31, 2010.
 - Hernandez Diaz-Ambrona, MD, “Notas sobre el Derecho a la Identidad del Niño y a la Verdad Biológica”, *Revista de Derecho Privado*, Núm 7-8/2005, julio-agosto 2005.
 - Rebar R.W., Erickson G.F, “Reproductive endocrinology and infertility”, *Cecil Medicine*, 24th ed.

- Pérez Mongue, M. “Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, num 14, Zaragoza, 2004.
- Carcaba Fernández, M. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- Lledó Yagüe, F y Ochoa Marieta, C *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Jimenez Muñoz, F.J, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012.
- De Los Santos Molina, MJ. *Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario científico*, en Lledó Yague, F y Ochoa Marieta, C (Dir), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Bercovitz Rodriguez-Cano, R *Hijos made in California*, Aranzadi Civil, núm 1, Navarra, 2009.
- Gonzales Perez de Castro, M.DR, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dikynson, Madrid, 2013.
- Martinez-Pereda Rodriguez, J.M y Massigoge Benegiu, J.M, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid 1994.
- Casado Blanco M., “Reflexiones legales y éticas entorno a la maternidad subrogada, Legal and ethical reflections concerning the surrogate motherhood”, *Revista de medicina legal*, Vol. 40. nº. 2. Abril - Junio 2014.
- Flores Rodriguez, J., “ Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11”, *LA LEY, Derecho de familia*, 7 de julio 2014. Recuperado el 06 de abril de 2019. http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE#I2

- Alvarez de Toledo Quintana, L. *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional*, Cuaderno de Derecho Transnacional, Vol. 6, 2014.
- Bellver Capella, V, “Proposición de Ley sobre maternidad subrogada”, *Red de Investigaciones Filosóficas*, SCIO, publicada: 24/05/18. Recuperado el 8 de febrero de 2019.
<https://proyectoscio.ucv.es/actualidad/sobre-maternidad-subrogada/>
- Pilar Álvarez, “ El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EEUU y Ucrania” *El País*, diciembre 2017 a partir de Datos del Congreso. Recuperado el 7 de febrero de 2019.
https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html
- Rollano Vega, L “India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gays y extranjeros”, *El País*, 2017. Recuperado el 07 de junio de 2019.
https://elpais.com/internacional/2017/09/27/actualidad/1506529140_757638.html
- Peré Raluy, J., *La filiación y el Registro Civil*, Anuario de Derecho Civil (ADC), Vol. 9, núm.III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1956.
- Zuil, M. *La embajada Ucraniana cierra el grifo de la gestación y no dará más pasaportes*, *El Confidencial*, 19/02/19. Recuperado el 07 de junio de 2019
https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-19/ucrania-vientres-de-alquiler-gestacion-pasaporte_1834958/
- Lamm E., *Gestación por sustitución, realidad y derecho*, InDret revista para el análisis del derecho, Barcelona julio 2012, Recuperado el 10 de junio de 2019.
<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/260860/348063>
- Quiñones Escamez, A., *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, InDret: Revista para el análisis del derecho, nº3 2009. Recuperado el 10 de junio de 2019.
http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf
- Kindregan C.P y McBrien M., *Assisted reproductive technology. A lawyer’s guide to emerging law and science*. ABA publishing Chicago (EEUU) 2011
- Barreto, D., Jaramillo, Y., La Rosa, Y., Sulbaran, A., Ybarra ,J “Ética de Sócrates”, *El Blog de Filosofía del Derecho*, Recuperado el 28 de marzo de 2019
<http://filosofiadelderecho-ugma.over-blog.es/article-etica-de-socrates-101022086.html>
- Garcia Maynez, E. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, Mexico, 1978.

- Roth A., “Repugnance as a Constraint in Markets”, *Journal of economic perspectives*, 2007.

- Borraz M., “La falta de regulación alienta el negocio de la gestación subrogada en España a través de agencias intermediarias”, *El Diario*, 2018. Recuperado el 07 de junio de 2019.

https://www.eldiario.es/sociedad/regulacion-posibilita-incipiente-Espana-intermediarias_0_826267584.html

- Baelo Álvarez, M., *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*. Tesis Doctoral, A Coruña, 2013.

- Ferraz, S. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais*, Porto Alegre, Portugal, 1991.

- Thomale, C., *Mietmutterchaft: Eine international-privatrechtliche Kritik*, Mohr Siebeck, 2015.

- Barboza, H.H., *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, Renovar, Portugal, 1993.

- Álvarez, P., “Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década”, *El País*, 2019. Recuperado el 11 de junio de 2019. https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html

- OTROS:

- EFE., “La gestación subrogada se dispara en España ante la caída de la adopción internacional”, *El Mundo*. Sociedad. Abogados española de abogados de familia. 05/03/2017. Recuperado el 14 de marzo de 2019. <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>

- Merino Norverto, M.,. *Sinopsis artículo 10 CE*, Congreso de los Diputados, 2003, act Sieira, S. 2011, Recuperado el 10 de febrero de 2019. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>

- Plan de acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia, 30 de septiembre de 1990. Recuperado el 03 de marzo de 2019. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

- Informe de la Comisión Especial de Estudio de Fecundación *in vitro* y la Inseminación artificial humanas, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 10 de abril de 1986. Recuperado el 14 de marzo de 2019. http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL_280.PDF

- Rueda de prensa de la Comisión Permanente. Recuperado el 13 de junio de 2019.
https://www.youtube.com/watch?time_continue=4&v=DgqI28qT3dE