



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Trabajo de Fin de Grado

**La Gestación Subrogada: análisis de su prohibición en
España y relación con el Derecho Comparado**

Estudiante: Rafel Santandreu Ribera

Director: Ignacio Temiño Ceniceros

Madrid, abril 2023

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.	5
CAPÍTULO II. LA GESTACIÓN SUBROGADA. NOCIONES BÁSICAS.	7
1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA.....	7
2. ACTORES Y CARACTERÍSTICAS.....	9
2.1. Sujetos intervinientes en un proceso de gestación subrogada.....	9
2.2. Caracteres de la gestación subrogada.....	11
3. MODALIDADES EXISTENTES DE GESTACIÓN SUBROGADA.	14
3.1. La clasificación desde el punto de vista genético. La gestación subrogada tradicional y la gestación completa.	14
3.2. La clasificación desde el punto de vista económico. La gestación subrogada comercial y la gestación subrogada altruista.....	15
3.3. Breve referencia a la clasificación geográfica. La gestación subrogada nacional y la gestación subrogada internacional.	16
CAPÍTULO III. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	17
1. PANORAMA INTERNACIONAL.....	17
1.1. Sistemas jurídicos en lo relativo a la gestación subrogada y sus diferentes formas.....	18
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN NORMATIVA.	19
2.1. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución del partido político Ciudadanos.	20
CAPÍTULO IV. LA GESTACIÓN SUBROGADA ENTENDIDA COMO UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	21
1. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 14/2006.	21
1.1. El hecho jurídico de los contratos de gestación subrogada.	21
1.2. El parto como elemento determinante para la filiación.....	23
1.3. La acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. ...	24

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.....	24
2.1. Consecuencias básicas de la nulidad de los contratos.....	25
2.2. Punto de vista del Tribunal Supremo en relación con la mejor situación del menor.....	26
2.3. La filiación jurídica de los nacidos en el extranjero de padres españoles mediante el método de la gestación subrogada.	29
CAPÍTULO V. LA GESTACIÓN SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA PERSONA.	32
1. DERECHOS CONFLICTIVOS ENFRENTADOS.	32
1.1. El Derecho a la Reproducción.....	32
1.2. La autonomía de la voluntad contrapuesta a los derechos de la mujer gestante.....	33
2. LOS MOTIVOS ÉTICOS EXPUESTOS POR PARTE DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA.	34
CAPÍTULO VI. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.	36
1. LA GESTACIÓN SUBROGADA LEGAL TANTO EN FORMA RETRIBUIDA COMO ALTRUISTA. EL CASO DE RUSIA.	36
2. LA GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA COMO ÚNICO MÉTODO LEGAL Y ESTRICTAMENTE REGULADO. EL CASO DE CANADÁ.....	38
3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN UNA FEDERACIÓN DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL. BREVE REFERENCIA AL CASO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	39
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES.	41
BIBLIOGRAFÍA	44

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.

La gestación subrogada es, de acuerdo con lo expuesto en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹, una práctica ilícita en el territorio español. Sin embargo, sigue gozando de protagonismo en nuestro país, tanto por su relevancia práctica como por los cauces y resquicios por los que puede seguir llevándose a cabo. Recientemente, en efecto, se ha vuelto a desatar en España el debate de la gestación subrogada, suscitado por la noticia de que la actriz Ana Victoria García Obregón ha sido madre de una niña mediante esta técnica en Miami, Estados Unidos.

En la actualidad, de hecho, todas las formas de reproducción humana asistida han tomado mayor importancia en el día a día de muchos países y, tanto por sus implicaciones morales como por sus aspectos legales, se han convertido en una de las polémicas más importantes de nuestro país. No en vano, es conveniente realizar un análisis profundo de cómo funciona la regulación legal de esta técnica en el Estado Español, así como una sucinta comparación con su legislación en otros países.

El objetivo del presente trabajo, en consecuencia, es doble. Mediante el primer objetivo, se pretende entender la prohibición de la práctica de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español. Para ello será necesario un doble punto de vista: tanto desde la óptica del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida como desde la perspectiva moral que ha movido los intereses del Estado hacia la adopción de dicha prohibición. El segundo objetivo busca cotejar el Derecho comparado, contrastando diversos sistemas legales o diversas formas de enfocar esta práctica en distintas partes del mundo.

En efecto, como se verá más adelante, la gestación subrogada es una situación multidisciplinar con mucha importancia desde el punto de vista jurídico, que merece un estudio profundo, debido a la asiduidad con que se da este fenómeno en la actualidad, tanto en Estados donde esta práctica es legal como en los Estados que no la amparan en su sistema jurídico.

Por ello, en primer lugar, atenderemos a las nociones básicas generales que envuelven el concepto de gestación subrogada, con especial énfasis en sus posibles definiciones, sus

¹ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126 (BOE-A-2006-9292).

características, sus sujetos y sus distintas tipologías. Una vez adquirida dicha visión global del concepto de gestación subrogada, encuadraremos el marco jurídico que la regula, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, haciendo hincapié en su regulación en España, que es el país que se toma de perspectiva para la totalidad del trabajo.

A continuación, se realizará un examen pormenorizado de la prohibición de esta práctica en España, atendiendo, en especial, a la interdicción expresa que consagra el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como a posibles consecuencias prácticas de dicha prohibición. Del mismo modo, habrá que atender a factores clave, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la mejor situación del menor o la situación característica de los nacidos en el extranjero de padres españoles mediante el método de la gestación subrogada.

Analizada la perspectiva de esta situación jurídica desde el punto de vista de los contratos, conviene realizar, también, una breve referencia a los Derechos de la Persona enfrentados en la gestación subrogada, así como los motivos éticos por los que no se considera una práctica adecuada en España.

A continuación, se comparará la perspectiva española de la gestación subrogada con los sistemas legales que plantean otros países, en especial Canadá, Rusia y los Estados Unidos de América, países cuyo régimen legal es distinto al español en términos de gestación por subrogación. Esta comparativa permitirá entender con mayor facilidad las modalidades existentes de gestación subrogada y las verdaderas razones por las cuales un Estado concreto se inclina hacia adoptar una de ellas u otra entre todas las distintas posibilidades.

Por último, mediante unas conclusiones finales, se pretenderá dar cuenta de las averiguaciones realizadas a lo largo del trabajo en torno al fenómeno de la gestación subrogada, concretando, desde una perspectiva más global, los aspectos esenciales que marcan el itinerario de esta práctica tanto en el presente, como desde el punto de vista futuro.

CAPÍTULO II. LA GESTACIÓN SUBROGADA. NOCIONES BÁSICAS.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

No existe, desde el punto de vista internacional, una definición unánime de gestación subrogada. De hecho, la multiplicidad de tipologías de la misma impide, en la mayoría de los casos, consensuar una metodología única o un estilo exclusivo del referido fenómeno para hacer referencia a dicha técnica de reproducción asistida. Por ello, con tal de abarcar todas las modalidades existentes de gestación subrogada, las definiciones siempre resultan genéricas y poco precisas.

Ahora bien, puesto que el trabajo busca explicar la prohibición expresa de la gestación subrogada en territorio español, lo más apropiado resulta atender a la definición que aporta la legislación española mediante la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que prohíbe la gestación por sustitución definiéndola en su artículo 10 como “el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (Boletín Oficial del Estado, 2006).

Mediante esta definición, ya se pueden extrapolar determinados factores esenciales. En primer lugar, la gestación subrogada es un contrato —si bien no especifica cómo debe ser este contrato— con un objeto concreto: la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna. Este resulta el elemento esencial de la gestación subrogada o de la gestación por sustitución y consiste en el único aspecto inamovible entre todas las modalidades existentes de gestación subrogada.

En segundo lugar, se conviene que dicho contrato puede darse “con o sin precio” y “a favor del contratante o de un tercero”, abarcando todas las posibilidades para no dejar resquicio legal a esta práctica. De este modo, se introduce ya la primera gran división modal de gestación subrogada, que distingue entre la tipología altruista y la comercial, que se desarrollarán más adelante.

Ahora bien, aunque esta sea la principal definición a la que debemos atender, la visión global y la perspectiva internacional del presente trabajo nos obliga a tomar en consideración definiciones aportadas por la doctrina que no necesariamente han de coincidir con aquella aportada por la legislación española.

A título de ejemplo, González (2018) afirma que es una técnica que consiste en que “una familia o una persona con incapacidad, ya sea física o funcional, para gestar busca la ayuda de una mujer, la cual se ofrece para gestar a su hijo, bien sea de forma altruista o recibiendo una compensación generalmente estipulada por ley, que suele establecerse teniendo en cuenta el importante esfuerzo que la mujer gestante realiza” (pág. 22).

Esta concepción no define la gestación subrogada como el contrato que regula la técnica, sino como la técnica en sí, poniendo mucho énfasis en los sujetos participantes. De hecho, los actores que buscan la ayuda de la mujer, de acuerdo con esta definición, pueden ser “una familia o una persona con discapacidad”, pero esta aproximación no deja de ser abierta, pues una familia puede concebirse de múltiples formas, incluida la unipersonal. También focaliza las dos modalidades en cuanto al precio de la técnica indicado que puede ser, por un lado, altruista y, por otro lado, mediante compensación generalmente estipulada por ley. Habla, por tanto, de los sistemas en los que es legal la gestación por sustitución, los sistemas jurídicos —ajenos al español— que permiten la realización de esta práctica.

Valero (2019), no obstante, define la gestación subrogada como “la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica” (pág. 421). Esta definición, que vuelve a incorporar el elemento del contrato, sin embargo, se centra más en la práctica médica de la gestación, de acuerdo con la cual distingue dos modalidades, la fecundación in vitro y la inseminación artificial.

De hecho, la Organización Mundial de la Salud, al aportar su definición no indica cuáles deben ser los métodos de gestación, sino que considera más apropiado incluirlos todos al expresar que la gestante subrogada es “una mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos” (ICMART y OMS, 2010).

Por último, también se puede mencionar el efecto terapéutico que mencionan Vivas y de Holanda (2021), al expresar que “la gestación subrogada es una forma de auxilio médico a la reproducción humana para aquellas personas con dificultades para concebir y gestar un hijo” (pág. 125). Esta definición parece atender más a la técnica en sí como un método de reproducción asistente, para ayudar a gente que lo necesita.

Es decir, como vemos, la definición siempre quedará sesgada por el punto de vista desde el que esté realizada. No obstante, se pueden extraer algunos aspectos comunes mediante los que se puede crear una definición propia que intente abarcar todos los aspectos posibles. De este modo, la gestación subrogada se puede entender como una técnica de reproducción asistida, sometida a contrato o no, por la cual una mujer gesta a un hijo por cualquier vía posible en favor de otra persona, bien sea de forma altruista, o bien a cambio de un precio.

2. ACTORES Y CARACTERÍSTICAS.

2.1. Sujetos intervinientes en un proceso de gestación subrogada.

Al entender la gestación subrogada como un contrato, deberíamos, a priori, equiparar los sujetos que intervienen en el proceso con las partes contratantes. No obstante, como se explicará a continuación, la realidad es más compleja, puesto que hay más actores que se deben tener en consideración. Seguidamente, se exponen todos los sujetos que pueden considerarse parte importante en el procedimiento de la gestación subrogada.

Quizá el sujeto más importante de la gestación subrogada sea la propia gestante. Conviene, de todos modos, hacer una aclaración terminológica importante, puesto que el pacto que determine la gestación subrogada se puede hacer durante el embarazo, pero también antes de que la concepción haya tenido lugar. Desde el punto de vista médico y fidedigno a la literalidad de las definiciones, debemos entender que la gestación abarca el momento comprendido entre la fecundación y el nacimiento oficial del hijo (Hernández, 2008, pág. 99). En consecuencia, parece más apropiado, para los casos en que la mujer aún no está en cinta o embarazada, la denominación “futura gestante”, si bien en el presente trabajo se empleará el término “gestante” para hacer referencia a los dos casos indistintamente.

Si relacionamos el comportamiento de la gestante con la clasificación básica de las obligaciones², observamos que, técnicamente, tiene una triple obligación. Por un lado, tiene una obligación de hacer (gestar a un ser humano, que devendrá el objeto del

² En lo relativo a este apartado, se debe entender la clasificación básica de las obligaciones como la que distingue entre las obligaciones de hacer (que consisten en la ejecución de un hecho), las obligaciones de dar (que consisten en la entrega de un bien) y las obligaciones de no hacer (que hacen referencia a la omisión de una acción).

contrato); en segundo lugar, tiene una obligación de dar (pues debe entregar este hijo a unos futuros padres); y, por último, una obligación de no hacer (no reconocer la filiación del hijo gestado).

En conclusión, debemos entender a la gestante como una parte contratante que asume la obligación pactada por la gestación subrogada —es decir, la gestación de un hijo, su entrega y la renuncia a la filiación de este—, así como todas sus consecuencias, por lo que debe de poseer tanto la capacidad de obligarse libremente como el consentimiento necesario para perfeccionar el contrato.

Los futuros padres, o padres de intención, como explican Bustamante y Karchmer (2019) son “aquellos individuos que establecen un contrato con la portadora gestacional y quienes planean ser los padres legales y sociales” (pág. 63). Como vemos, lo más común es hacer referencia a este sujeto en plural, dando a entender que son dos, con independencia de si tienen el mismo o diferente sexo. Ahora bien, depende de la regulación en los países en los que está amparada la gestación subrogada, el padre de intención puede ser uno solo, como único beneficiario del objeto del contrato. De las definiciones aportadas por parte de la literatura al concepto de gestación subrogada, se extrapola que los padres de intención tienen, en su caso, la obligación accesoria de pagar el precio, que puede ser pactada o establecida legalmente.

Esta figura, no obstante, es diferente de la de los portadores o proveedores de gametos. La casuística deja entender que en muchos casos existe coincidencia entre los padres de intención y los proveedores de gametos, pero esta no es la única opción. Mediante esta terminología, se hace referencia al “origen del espermatozoides y ovocitos” (Bustamante y Karchmer, 2019, pág. 63), es decir, a los portadores genéticos. Como veremos más adelante, la aportación genética devendrá esencial para distinguir algunas tipologías de gestación subrogada. La existencia de esta figura haya su razón de ser en que, dependiendo de la modalidad de gestación por subrogación, en algunos casos haya de emplearse la fecundación in vitro, así como la donación de óvulos y espermatozoides para la formación de los embriones.

Además, una de las especialidades de este tipo de contratos resulta en que nace un nuevo sujeto, el hijo. Si bien es cierto que el hijo gestado no es parte interviniente en el contrato, es el objeto del mismo, esencial para su perfección. Asimismo, el hijo tiene derechos

propios que, por su minoría de edad, gozan de una especial protección que dificultan el análisis legal de las relaciones entre el mismo y los padres intencionales o la gestante. Sobre este hijo, una vez nacido, se determinará, en los países en los que se pueda, la paternidad de los padres de intención.

Por último, hay que tener en cuenta que en los países en los que la gestación subrogada está regulada y legalizada, amparada por el sistema legal del Estado en cuestión, debe haber una serie de asesores médicos y representantes legales que faciliten el proceso y ayuden a cumplir con todos los protocolos necesarios para llevar a cabo, de manera adecuada, el procedimiento de subrogación.

En conclusión, si bien es cierto que existen muchos sujetos que puedan participar en la gestación subrogada, las partes contratantes son dos: los padres de intención y la gestante. Mucho se ha debatido sobre las razones que mueven a estas partes a perfeccionar este contrato. Para los padres de intención, lo normal suele ser la imposibilidad reproductiva, tanto para casos de infertilidad como casos de homosexualidad, así como la dificultad para recurrir a la adopción. En los casos de las madres, se suele argumentar la falta de recursos, pero también existen casos de caridad y altruismo.

2.2. Caracteres de la gestación subrogada.

Las distintas modalidades y tipologías de la gestación por subrogación, que se explican en el apartado siguiente, dificultan la concreción de unos caracteres comunes al contrato de gestación subrogada. No obstante, hay determinados factores que son dignos de mención.

2.2.1. Las obligaciones resultantes del contrato.

Todos los contratos, por definición, cuentan con una serie de obligaciones recíprocas mediante las que las partes contratantes se comprometen a cumplir con una serie de condiciones. De hecho, es de un determinado acuerdo de voluntades de donde nace una fuerza para crear normas jurídicas particulares y concretas (Duque, 2008, pág. 456) y el contrato de gestación subrogada no es menos.

En el caso de los padres de intención, la obligación es sencilla: el pago del precio, en su caso. Este pago del precio es el que asemeja este contrato al de compraventa o al de

alquiler³. Si se considera el objeto del contrato como el hijo *per se*, no es descabellado asimilar el contrato de compraventa con el de gestación subrogada, puesto que se paga un precio por una cosa. No obstante, si se considera que el objeto del contrato es el empleo del útero de la gestante para concebir al hijo, se puede considerar, de un modo prácticamente metafórico, un contrato similar al de un alquiler, si bien salvando las diferencias.

Las obligaciones para la gestante, no obstante, son más complejas. En un primer lugar, tiene las tres obligaciones que se han expresado *supra*: una obligación de hacer consistente en gestar a un hijo, una obligación de dar consistente en darlo a unos padres de intención y una obligación de no hacer que estriba en la no filiación del hijo objeto de la gestación subrogada.

En segundo lugar, sin embargo, puede tener más obligaciones derivadas del básico principio que proclama el artículo 1.255 del Código Civil español⁴, la autonomía de la voluntad. De acuerdo con este principio, como explica Hernández (2012), las personas gozan de la posibilidad de regular de forma libre sus propios intereses, así como el ejercicio de derechos subjetivos y la concertación de negocios jurídicos (pág. 27). En este sentido, el derecho comparado ha legado una enorme casuística. A título de ejemplo, en Ucrania no es inusual encontrarse con contratos donde la gestante tiene prohibido el consumo de alcohol o de medicinas, fumar o, incluso, contratos mediante los cuales se le obliga a seguir prescripciones médicas en temas como la actividad física, la higiene o las relaciones sexuales.

2.2.2. Las etapas de la persona no nacida. El *nasciturus* y el *concepturus*.

El nacimiento del hijo derivado del parto de la gestante no es más que el resultado final de todo el procedimiento de gestación. De hecho, existen dos figuras, de notorio reconocimiento jurídico —si bien una más importante que la otra—, que corresponden a la fase previa al parto de la gestante, el *nasciturus* y el *concepturus*.

El Código Civil Español, en su artículo 30, especifica que “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del

³ De ahí la denominación común de la gestación subrogada como “vientre de alquiler”.

⁴ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 16 de agosto de 1889, núm. 206 (BOE-A-1889-4763).

seno materno”⁵. Ello implica que no existe persona hasta dicho momento. No en vano, es conveniente intentar entender ante qué figuras jurídicas estamos cuando el feto no ha salido aún del cuerpo materno o, incluso, cuando ni siquiera se ha llegado a producir la fecundación.

La definición clásica de *nasciturus* responde a la figura del concebido no nacido y el artículo 29 de nuestro Código Civil⁶ le reconoce derechos. Existe, de todos modos, discusión doctrinal acerca de si el *nasciturus* es propiamente poseedor de los derechos o si, por el contrario, posee una reserva de los derechos hasta el momento de su nacimiento, momento en el que adquiere la personalidad jurídica. Esta figura ha resultado muy importante en el ámbito de la gestación subrogada, en especial si tenemos en cuenta que la mayoría de los derechos “favorables” en favor del *nasciturus* que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico español son de índole patrimonial, bien sea *mortis causa* o *inter vivos*, y, como expresa Cazorla (2017), le son atribuidos en el momento de su nacimiento.

Figura más compleja —y menos protegida— es la del *concepturus* o *nondum concepti*, que debe entenderse como aquel que no ha sido aún siquiera concebido (Muñoz, 2021, pág. 31). Lo cierto es que el ordenamiento jurídico también protege, en determinados supuestos, al *concepturus*, aunque no lo hace de forma directa, como hace con el *nasciturus* a través del artículo 29 del Código Civil. En concreto, indirectamente, el *concepturus* puede tener derechos sucesivos cuando así esté expresando y en supuestos exhaustivamente tasados.

2.2.3. La gestación subrogada entendida como un contrato sujeto a condición.

Una vez entendidas las figuras del *nasciturus* y del *concepturus*, no es inusual que salga la duda de qué ocurre cuando el desenlace del procedimiento no es el del parto con un hijo viable. En consecuencia, los contratos de gestación subrogada son, en cierto modo, un contrato sujeto a condición. Si entendemos que el fallecimiento del feto o la

⁵ Este artículo fue modificado por la disposición final 3 de la Ley 20/2011. Antes de dicha fecha, únicamente se reputaba como nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, por lo que el Estado español está demostrando una mayor laxitud con la adquisición de la personalidad. Del mismo modo, también se protege cada vez más la figura del *nasciturus* y los derechos que pueda contraer.

⁶ Específicamente, el artículo 29 del Código Civil español establece que “El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables [...]”.

inviabilidad del mismo resuelven la obligación, devolviendo las cosas al estado que tenían, como si el contrato de gestación subrogada no hubiera existido nunca, estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria.

Por el contrario, no se puede considerar que el nacimiento del hijo es la condición suspensiva que, hasta que no se produzca, paraliza los efectos del contrato, porque el periodo de gestación es el principal objeto del contrato de gestación subrogada. No en vano, no puede entenderse como una condición suspensiva si el contrato sigue teniendo lugar.

La consecuencia básica que se puede extrapolar del entendimiento de la gestación subrogada como un contrato sujeto a condición resolutoria —y no como uno sujeto a condición suspensiva— es que las partes del contrato no dejan de serlo en ningún momento, por lo que no pueden despojarse de sus obligaciones y siguen sujetas al perfeccionamiento del contrato.

3. MODALIDADES EXISTENTES DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Debido a la amplia variedad de sistemas legales en torno a la gestación subrogada, así como al abanico de opciones a la hora de llevarla a cabo, se pueden distinguir diversos tipos de gestación subrogada, dependiendo de diversos factores. A continuación, se explican las clasificaciones más importantes.

3.1. La clasificación desde el punto de vista genético. La gestación subrogada tradicional y la gestación completa.

Una de las clasificaciones más importantes en términos de gestación por subrogación distingue la variedad tradicional (o parcial) de la variedad gestacional (o plena). Mediante la gestación subrogada tradicional, es la propia gestante la que proporciona el óvulo. De este modo, se lleva a cabo una inseminación artificial, generalmente a través del espermatozoides de uno de los padres de intención, mientras que el óvulo empleado sigue siendo de la gestante⁷. En estos términos, como explica Velázquez (2018), la madre biológica, es decir, la gestante, contribuye genéticamente a la constitución del feto (pág. 17). Antes, esta práctica era muy común, parcialmente porque era el único modo existente de realizar

⁷ Por ello, esta modalidad recibe el nombre de “parcial”, puesto que los padres de intención sólo aportan parte del material genético del futuro hijo.

la gestación subrogada previo a la aparición de técnicas modernas de reproducción asistida. Hoy en día, sin embargo, esta práctica ha quedado prácticamente en desuso por el auge de la modalidad gestacional o completa.

Mediante la modalidad gestacional o plena se consigue la mujer gestante no tenga conexión genética durante la transferencia embrionaria. De este modo, la aportación de la gestante es la aportación del útero, como lugar idóneo para la gestación y el proceso de embarazo, pero, a diferencia de la modalidad tradicional de gestación subrogada, no aporta genética embrionaria.

A su vez, esta segunda modalidad tiene tres subcategorías, dependiendo de si los gametos los aportan los padres, solo uno de ellos, o ninguno de ellos —en los casos en que ambos procedan de la donación—, pero esta subdivisión no resulta significativa a nivel legal o jurídico, por lo que no precisa mayor profundidad.

3.2. La clasificación desde el punto de vista económico. La gestación subrogada comercial y la gestación subrogada altruista.

Mediante la modalidad comercial de gestación subrogada, los padres de intención tienen la obligación de pagar el precio del contrato. Este precio, como se ha explicado previamente, puede ser pactado libremente por las partes o puede venir específicamente regulado en la legislación de un Estado.

Derivado de la regulación del propio Estado en que la gestación subrogada pueda tener lugar, habrá que atender a factores esenciales relacionados con los contratos en dicho país, como los usos del comercio, los intereses moratorios o posibles costumbres arraigadas en el territorio. Esta forma retribuida de gestación subrogada tiene lugar en países como Rusia, Ucrania o algunos estados de los Estados Unidos de América como California o Florida.

La modalidad altruista, no obstante, se puede encontrar en Canadá, India o Australia, entre otros países, y hace referencia al contrato por el que la gestante no recibe una compensación económica por el procedimiento de subrogación. Esta tipología se acerca un poco más a la figura de la donación como la entendemos hoy en día, si bien hay que observar que, dependiendo del Estado o del pacto, habrá que pagar el precio de los gastos médicos y otros gastos derivados del embarazo.

3.3. Breve referencia a la clasificación geográfica. La gestación subrogada nacional y la gestación subrogada internacional.

Por último, conviene hacer una sucinta referencia a una clasificación que, a pesar de ser básica, resulta diferencial en el entorno comparado. La gestación subrogada nacional es aquella que tiene lugar en el país de procedencia o residencia de los padres de intención, por lo que estos no tienen la obligación de verse desplazados a otro Estado para poder emplear el procedimiento de gestación por subrogación. Estos casos no suelen tener problemas a la hora de proceder a la filiación del hijo, puesto que los sistemas legales de dichos países contemplan y amparan la práctica de este procedimiento.

Otros países, no obstante, no conciben la gestación subrogada como un procedimiento legal. Entre otros muchos, este es el caso de España, que obliga a viajar a otros países para poder proceder a la gestación subrogada. Este es el supuesto de la gestación subrogada internacional que, como bien explica Gómez (2019), supone un peregrinaje que ha recibido el nombre de turismo reproductivo (pág. 6), es decir, la actuación concreta de desplazarse de un país o Estado de residencia para poder utilizar otras técnicas de reproducción asistida en otro país en el que, o bien no están reguladas, o bien son legales a todos los efectos.

En conclusión, la prohibición de la gestación subrogada en un Estado no supone, en la mayoría de los supuestos, la eliminación total de dicha práctica, sino que resulta en que los padres acuden a otros países para llevarla a cabo. Esto supondrá muchos problemas en el país original, en especial en términos de filiación, que se estudiarán más adelante al analizar la prohibición en el caso español.

CAPÍTULO III. MARCO JURÍDICO APLICABLE.

1. PANORAMA INTERNACIONAL.

Una de las principales características de la gestación subrogada es la diversidad legislativa que existe en torno a ella. Esta pluralidad de leyes no se forma únicamente entre países, sino que, además, hay que tener en cuenta las disonancias regulatorias existentes dentro de las diversas regiones o divisiones administrativas de un mismo Estado. Esto ocurre porque la gestación subrogada es una cuestión de carácter delicado por sus implicaciones éticas, morales y religiosas, que no permite alcanzar unanimidad. No obstante, pueden establecerse cuatro grupos de regulación jurídica (Silva y Perkumiene, 2021):

- i. Prohibición o declaración de nulidad de los contratos de todas las formas de gestación subrogada.
- ii. Reconocimiento legal de la gestación subrogada tanto remunerada como altruista
- iii. Prohibición de la maternidad subrogada remunerada, permitiéndose exclusivamente la altruista
- iv. Inexistencia legislativa o ausencia de regulación legal, completa o parcial.

Como podemos comprobar, la tipología de la gestación subrogada es esencial para entender las distintas regulaciones jurídicas existentes. Esta distinción es importante para luego entender los distintos sistemas jurídicos que se han formado en torno a la gestación subrogada.

En cuanto al primer supuesto, conviene mencionar que se trata de la regulación jurídica característica de la mayoría de los países europeos, como sería el caso de España, aunque también de algunos estados de los Estados Unidos de América, como Míchigan o Indiana. Un punto diferenciador dentro de este grupo es que algunos prohíben directamente la gestación subrogada, mientras que otros países la prohíben indirectamente, declarando nulos los contratos sobre dicha situación jurídica. No obstante, esta diferencia se analizará más adelante en el capítulo 4, que trata el análisis jurídico de la prohibición de la gestación subrogada en España.

La Unión Europea, por su parte, siempre ha desaprobado manifiestamente la gestación subrogada y todas sus formas. En concreto, la Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2015),

en su observación general núm. 115, condena dicha práctica al ser “contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”.

En cuanto al segundo grupo de supuestos, en Europa tenemos los ejemplos de Ucrania y de Rusia, como países con mayor laxitud en cuanto a legislación sobre gestación subrogada se refiere en todo el continente, pues admiten la gestación subrogada comercial, que es aquella en la que las personas que se acogen a este método de concepción, pagan por su servicio. El tercer supuesto, que prohíbe la gestación subrogada remunerada, pero permite la altruista, se puede encontrar en países como Reino Unido, Portugal o Grecia. Por último, países como Bélgica o Polonia no cuentan con la correspondiente legislación.

1.1. Sistemas jurídicos en lo relativo a la gestación subrogada y sus diferentes formas.

Teniendo en cuenta estas regulaciones jurídicas y su relativo desarrollo en los distintos países del mundo, se pueden diferenciar cuatro sistemas jurídicos acerca de la gestación subrogada. A continuación, se realiza una sucinta enumeración de estos cuatro sistemas jurídicos (Vivas y de Holanda, 2021, pág. 131).

- i. Sistema cerrado, que conserva el principio general de que la filiación, y por consiguiente la maternidad, vienen determinados por el parto bajo el precepto latino de *mater semper certa est*, como es el caso del Estado español. Aquí se engloban a todos los países o regiones que tratan la gestación subrogada o bien mediante la prohibición de la práctica, o bien mediante la nulidad del contrato que la regula.
- ii. Sistema semiabierto, el cual prohíbe la gestación subrogada, si bien con determinadas excepciones, siendo, en la mayoría de los casos, permitida la gestación subrogada de carácter altruista.
- iii. Sistema abierto, que, amparándose en la libertad de contratación, permite la gestación subrogada en todas sus formas, incluida la modalidad onerosa.
- iv. Sistema híbrido indefinido, en el cual no se prohíbe de forma expresa la gestación por subrogación, y en donde, además, existen regulaciones administrativas o judiciales que facilitan la proliferación y naturalización de dicha técnica.

2. MARCO JURÍDICO APLICABLE EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN NORMATIVA.

En el Estado español, la ley aplicable es la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual reza en su artículo décimo:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Existe, no obstante, discusión doctrinal de si esto es una mera declaración de la nulidad de los contratos de gestación subrogada o si, efectivamente, se trata de una prohibición de la práctica. Efectivamente, del articulado se deduce que la prohibición tiene lugar de forma indirecta, puesto que no se establece de manera evidente e inmediata que la gestación subrogada sea ilegal.

Además, el Código Penal español⁸ tipifica en su artículo 221 como delito la entrega de “un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación” con una pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guardia de hasta un máximo de diez años.

Sin embargo, el origen normativo en España de la gestación subrogada es la Ley 35/1988, que es fruto del “Informe Palacios” sobre la fecundación In vitro y la inseminación artificial humana. No obstante, toda Ley que ha existido en España siempre ha considerado nulos los contratos de gestación subrogada y no ha habido mucha variación al respecto.

⁸ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de mayo de 1996, núm. 281 (BOE-A-1995-25444).

2.1. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución del partido político Ciudadanos.

Quizá sí que es más importante destacar algún proyecto de ley donde se ha tratado de romper el statu quo, como la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución del 16 de julio de 2019 que planteó Ciudadanos. En esta proposición de ley, el referido partido político, de sesgo teóricamente centrista, trataba de permitir a los familiares ser gestantes en su propuesta de vientres altruistas, aprovechando la semana del Orgullo para registrar de nuevo una ley como una reivindicación de parte del colectivo LGBTI. De este modo, en caso de que la proposición de ley hubiere triunfado, el Estado español hubiera tenido una regulación similar a la que tienen Canadá o India, con un sistema jurídico semiabierto.

De acuerdo con esta proposición de ley, se pretendía “regular el derecho de las personas a la gestación por sustitución, entendiéndose por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las mujeres gestantes, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro”. No obstante, la ley nunca llegó a término, pero Ciudadanos sigue buscando su perfil social apoyando la gestación subrogada.

CAPÍTULO IV. LA GESTACIÓN SUBROGADA ENTENDIDA COMO UN CONTRATO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 14/2006.

1.1. El hecho jurídico de los contratos de gestación subrogada.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, en el apartado primero de su artículo 10, establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Por ende, derivado de las definiciones que hemos visto en el Capítulo Segundo, es innegable que el artículo 10.1 establece la nulidad de pleno derecho para los contratos que regulen una gestación subrogada o una “gestación por sustitución”, que es la fórmula que emplea el texto legal para el título del artículo. De todos modos, es preciso aclarar el hecho jurídico concreto para el cual existe la nulidad de pleno derecho como principal consecuencia jurídica.

El principal objeto del contrato parece, pues, la gestación, por encargo de tercero, de un hijo a cargo de una mujer, la gestante. Ello implica, de forma subsidiaria e inequívoca, que en los casos en los que una mujer no esté embarazada, debe entenderse incluida, por analogía, también la fecundación, puesto que, biológicamente hablando, la primera no puede darse de no haberse producido la segunda. Hernández (2008) nos definía la gestación como el momento comprendido entre la fecundación y el nacimiento oficial del hijo. Accesoriamente, también pueden considerarse objeto del contrato el posible pago de un precio, la renuncia de la filiación y la entrega del hijo a un contratante o a un tercero. No obstante, como se ha explicado previamente, la gestación subrogada es un contrato sujeto a condición resolutoria, el nacimiento del hijo, dejando entrever la subsidiariedad de estas obligaciones.

Ahora bien, el artículo 10.1 habla específicamente de un contrato, el contrato por el cual se regula la gestación subrogada. Conviene, pues, preguntarse qué ocurre con los casos en los que la gestación subrogada no venga oficialmente regulada por un contrato. La respuesta básica es que, por la analogía que establece nuestro Código Civil⁹ en el artículo

⁹ El artículo 4.1 establece que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen

4.1, la gestación subrogada se verá adolecida por la nulidad de pleno derecho en cualquiera de las circunstancias posibles. No obstante, si se busca profundizar un poco, debemos entender el contrato que establece el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 como un acuerdo manifestado en común entre dos o más personas con capacidad jurídica, en virtud del cual se vinculan legalmente. De hecho, como explica Blanch (2016), la clásica figura de contrato, ha ido desvinculándose de su concepción antigua y creando una nueva consideración¹⁰.

Es decir, parece que las únicas exigencias que se pueden imponer al contrato de gestación subrogada, para considerarlo como tal, son las derivadas del artículo 1.261 del Código Civil, que establece que no existe contrato sin consentimiento, objeto o causa. Ahora bien, esto no quiere decir, ni mucho menos, que la ausencia de alguno de estos elementos esenciales legalice la gestación subrogada. De hecho, el contrato seguiría siendo nulo de pleno derecho, pero en lugar de ser nulo de pleno derecho por la consecuencia jurídica del artículo 10.1 de la Ley de técnicas de reproducción asistida, lo sería por incumplir el artículo 1.261 del Código Civil. Además, incluso si no existiera dicha prohibición expresa en la ley, también existen otros cauces legislativos por los que podría considerarse prohibida la gestación subrogada, como el orden público y la moral.

Además, la fórmula “con o sin precio” del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 establece categóricamente el sistema jurídico que el Estado español adopta en cuanto a la gestación subrogada. Al no aceptar ni la modalidad altruista ni la comercial, España se asienta como un sistema cerrado, es decir, una regulación que niega expresamente la posibilidad de gestación subrogada en el ámbito territorial español. En consecuencia, en España se consideran nulos de pleno derecho tanto los contratos onerosos como los contratos gratuitos de gestación subrogada.

Por último, conviene hacer una sucinta referencia a la renuncia de la madre biológica a la filiación materna. Mediante los contratos de gestación subrogada se pretende que la madre biológica devenga en la mera gestante, deshaciéndose en el acto de los derechos y obligaciones que se pueden derivar de la maternidad, cediéndolos en favor de un tercero.

un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

¹⁰ En este sentido, se puede explicar que el Derecho Romano, originalmente, diferenciaba entre el contrato (*contractus*), el pacto (*pactum*) y la convención (*conuentio*). No obstante, la consideración que se tiene hoy en día del pacto y de la convención difieren de la concepción romana, y el contrato ha integrado el *pactum* y la *conuentio* en las consideraciones modernas.

La verdadera disonancia con el ordenamiento jurídico español, como señala Valero (2019), es que la función reproductora de la gestante es, a todos los efectos, una cosa *extra commercium*, es decir, fuera del comercio de los hombres y, por tanto, no se puede comerciar con ello. En especial, la doctrina ha señalado en numerosas ocasiones que el cuerpo humano pertenece al ámbito de la persona humana, un ámbito estrictamente fuera del comercio (pág. 427).

1.2. El parto como elemento determinante para la filiación.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 10 de la Ley 14/2006 establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Ello no es más que el archiconocido principio latino de *mater semper certa est*, que implica que, en España, el parto es prueba suficiente para determinar la filiación materna, denegando la posibilidad de que una madre que no haya tenido al hijo pueda proceder a la filiación de éste. No obstante, existen determinadas excepciones que sí contempla el ordenamiento jurídico español, como la filiación adoptiva, que produce los mismos efectos que la filiación matrimonial o no matrimonial.

Derivado de la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada, la filiación, tanto materna como paterna, se debe delimitar, pues, por las condiciones generales del Código Civil¹¹.

Por ello, a priori, como la gestación subrogada está prohibida en España, la filiación del hijo resultante debe responder a algún estándar legal. Teniendo en cuenta que la madre biológica es siempre indudable, las únicas pesquisas serán necesarias en relación con la filiación paterna, siguiendo los razonamientos aportados por el Código Civil. Ello también tiene consecuencias en el derecho a los apellidos del hijo.

No obstante, a pesar de que el parto determine la filiación, las formas de acreditarla son distintas. En concreto, el artículo 113 del Código Civil español establece que “la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”.

¹¹ Véanse artículos 108 a 141 del Código Civil.

Ello no tiene influencia en la filiación de hijos nacidos por gestación subrogada, pero es importante diferenciar con claridad la determinación de la filiación de la acreditación de la misma, puesto que son conceptos distintos.

1.3. La acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

Por último, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Rosero (2020) nos recuerda que emana, por parte del Estado, una obligación de “conceder los mecanismos para procurar que el hijo/a sin reconocimiento paterno, goce de su derecho a tener vida familiar” (pág. 291).

La inclusión de este apartado en el texto legal de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no es más que una aplicación general del derecho español, puesto que, si existe la acción de reclamación de la paternidad en general, no menos iba a ser el caso de la gestación subrogada. La principal implicación que tiene este apartado es que, a priori, la persona que ha contratado a la gestante en un caso de gestación subrogada no tiene derecho a la filiación del hijo. Ahora bien, si por un lado la filiación materna viene determinada por el parto (con independencia la verdadera procedencia del material genético femenino), parece claro que la filiación paterna viene determinada por la aportación biológica. De este modo, aunque un posible padre hubiere aportado su material genético en un contrato de gestación subrogada frente a una gestante, parece tener derecho a una acción de reclamación de la paternidad aunque el contrato de gestación subrogada sea, a todos los efectos, nulo de pleno derecho.

La verdadera problemática de este apartado, como explica Barber (2010), es qué ocurre en los supuestos en los que el material genético viene aportado gracias a la donación de esperma o, incluso, la donación de un preembrión. En estos casos, indudablemente, no existe acción de reclamación de la paternidad. En conclusión, el legislador no elaboró en exceso la redacción de este artículo, dando lugar a interpretaciones dudosas (pág. 32).

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Una vez comprendido en profundidad el hecho jurídico del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mediante el presente

apartado se pretende atender a la consecuencia jurídica del mismo. Como ya se ha explicado previamente, de todos modos, la principal consecuencia jurídica de los contratos de gestación subrogada en el Estado español es la nulidad de pleno derecho. No obstante, es preciso hacer referencia a otros factores de notoria importancia, como la mejor situación del mejor y la situación jurídica de los nacidos en el extranjero de padres españoles mediante la gestación subrogada.

2.1. Consecuencias básicas de la nulidad de los contratos.

Para entender la nulidad de los contratos, es apropiado atender a los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil. En concreto, el artículo 1.303 establece la principal consecuencia de la declaración de nulidad, al expresar que “los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses [...]”.

En consecuencia, la primera secuela de la nulidad de los contratos es la restitución recíproca de las cosas a como estaban antes del contrato resultado nulo. Es importante destacar que esta restitución es recíproca, de modo que, por ejemplo, en el caso de la gestación subrogada, ambos obligados deben restituir las cosas objeto del contrato. De este modo, si los padres de intención habían pagado un precio por el hijo de la gestante, también debe restituirse.

No obstante, de una forma un tanto más específica, se pueden extrapolar cuatro consecuencias inmediatas en los casos en que un contrato o un fenómeno jurídico sea nulo de pleno derecho:

- i. La ineficacia inmediata *ipso iure* de la nulidad.

La ineficacia inmediata de la nulidad implica que los actos jurídicos sobre los que aplica dejan de tener efectos jurídicos. Esta ineficacia de los actos jurídicos, al operar *ipso iure*¹², como explica Grecia (2009), no precisa una sentencia judicial para que así sea declarado, puesto que la sanción de nulidad sobre el contrato jurídico opera de pleno derecho (pág. 47). Por ello, no es necesario que un juez declare la ineficacia de un contrato de gestación subrogada, sino que el contrato es ineficaz por sí mismo.

¹² *Ipsa Iure*: por ministerio de la ley (Diccionario Panhispánico del español jurídico).

- ii. El carácter general *erga omnes* de la nulidad.

El carácter *erga omnes*¹³ de la nulidad tiene como principal consecuencia que cualquiera puede instarla, del mismo modo que ante cualquiera. Se considera, y así está arraigado en derecho, que la nulidad es la sanción más grave de los contratos civiles, por lo que los resultados de no aplicarla pueden ser muy graves. No en vano, cualquiera debería poder hacerla efectiva o recibir sus efectos. Además, esta situación puede ocurrir en cualquier momento porque la acción no se extingue ni por prescripción ni por caducidad, aparte del hecho de que puede apreciarse de oficio por parte de los tribunales.

- iii. La imposibilidad de sanarse por confirmación.

La confirmación es un acto jurídico mediante el cual un sujeto renuncia a accionar, haciendo desaparecer los vicios de un acto y convalidando de manera retroactiva el acto consentido. Ahora bien, esta figura en el Derecho Civil español solo se puede dar en los casos de nulidad relativa. En consecuencia, la gestación subrogada, al ser nula de pleno derecho, no puede ser objeto de confirmación por cualquiera de las partes.

- iv. La nulidad de los actos posteriores.

Por último, conviene mencionar que la nulidad supone, para el resto de los actos posteriores contraídos con el acto nulo como causa, la nulidad de dichos actos. Esta consecuencia tiene una única excepción: los actos relativos a terceros que hayan actuado de buena fe en relación con el acto nulo.

2.2. Punto de vista del Tribunal Supremo en relación con la mejor situación del menor.

En situaciones jurídicas complejas, como puede ser la gestación por sustitución, nos encontramos ante un entramado de derechos que chocan entre sí. En ocasiones, es muy difícil delimitar qué derecho debe prevalecer y, por contraste, cuál debe verse reducido para amparar el derecho prevalente. Esta cuestión deviene aún más fundamental en los casos en los que hay menores de edad, puesto que nuestro ordenamiento jurídico, como todos los ordenamientos jurídicos basados en Estados de Derecho, confiere una especial protección al menor de edad. No en vano, es preciso atender a la jurisprudencia que el

¹³ Erga Omnes: para o frente a todos (Diccionario Panhispánico del español jurídico).

Tribunal Supremo ha confirmado recientemente a través de la Sentencia del Pleno 277/2022, de 31 de marzo.

Mediante este proceso, la madre de intención de un niño nacido por gestación subrogada en Tabasco (Estado de México) pretende ejercitar acción de determinación legal de filiación del menor. En concreto, la parte demandante se basa en la legitimación que otorga el artículo 131 del Código Penal español al expresar que “cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”. Es decir, la madre de intención había estado conviviendo con el menor, había residido bajo su tutela, cuidándolo y atendiéndolo en todo, de acuerdo con sus necesidades presentes y en condición para hacerlo con las futuras (STS 277/2022, 31 de marzo, FD1).

Además, la parte demandante también se basó en el artículo 10 de la Ley 14/2006 (que considera únicamente aplicable a españoles que contraten por gestación subrogada en Estados en los que no sea legal) y en la doctrina asentada por el propio Tribunal Supremo sobre la especial protección del menor y la relación de esta institución jurídica con la posesión de estado¹⁴. El juzgado de primera instancia ya había desestimado este fundamento, puesto que “no puede usarse el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas” (STS 227/2022, 31 de marzo, FD1).

Ahora bien, tal y como alegaba la parte demandante, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con la del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso realizar una interpretación más bien amplia de los apartados segundo y tercero del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Además, dos hechos relevantes estaban en favor de la parte demandante. En primer lugar, acudir a la adopción no era una opción viable por la diferencia de edad entre el menor y la madre de intención¹⁵; en segundo lugar, la no existencia de padre biológico identificado no permitía

¹⁴ Debemos entender la posesión de estado como una relación filial cuando no existe una conexión biológica entre las partes. De acuerdo con el Tribunal Supremo, cuando se pretende ejercitar una reclamación de filiación por posesión de estado, es preciso atender al interés superior del menor y a las circunstancias contextuales. En concreto, para poder valorar la posesión de estado, los deberes de madre deben manifestarse mediante actos continuados y reiterados.

¹⁵ Recordemos que, conforme al ordenamiento jurídico español, la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado debe ser mínimo de 16 años y máximo de 45. Además se requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años (artículo 175 del Código Civil).

instar acción de filiación respecto del mismo.

Por otro lado, la consideración del Ministerio Fiscal era que ello implicaría ir en contra del propio orden público en el Estado español, alegando que, aunque el artículo 131 del Código Penal permite la legitimidad para la acción de filiación por constante posesión de estado, el propio artículo *in fine* establece que “se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”. En concreto, la relación entre este artículo y el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida fue el único sustento del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal que llegó al Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo explica que, aunque la parte demandante alegue que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida no aplica para casos fuera de España, hay que tener en cuenta que el artículo 9.4 del Código Civil establece que “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”. Por ende, siempre que se quiera determinar la filiación de un hijo en España hay que tomar en consideración este artículo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo es consciente de que, en la práctica, las agencias de gestación subrogada operan sin obstáculos en nuestro país, aunque la Ley General de Publicidad prohíba expresamente este tipo de publicidad. Además, tampoco puede negar que, a pesar de todas las leyes expuestas, hay niños nacidos en el extranjero que, directa o indirectamente, acaban integrados en un “determinado núcleo familiar” en el territorio español.

No en vano, es preciso reconocer la existencia “de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante” (STS 227/2022, 31 de marzo, FD4). Ello coincide con la exigencia de buscar el interés superior del menor, así como el derecho que posee en lo relativo a la vida privada, consagrado por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y por la jurisprudencia del Tribunal.

Ahora bien, el interés superior del menor, en el ordenamiento español, se puede conseguir, en estos supuestos concretos, por dos medios: la acción de reclamación de paternidad,

respecto del padre y la adopción, respecto de la madre comitente. En lo relativo a este caso específico, la diferencia máxima de edad para la adopción no debería resultar un “obstáculo excesivo”, porque, como explica el Tribunal Supremo, dicha normativa no tiene un carácter absoluto, en especial, además, cuando el menor está integrado en el núcleo familiar.

En conclusión, el Tribunal Supremo consagra mediante la medida de la adopción, el interés superior del menor se considera satisfecho:

“valorado *in concreto*, [...], pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial, [...], tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones” (STS 227/2022, 31 de marzo, FD4).

2.3. La filiación jurídica de los nacidos en el extranjero de padres españoles mediante el método de la gestación subrogada.

El propósito del presente apartado, una vez explicada la protección del interés superior del menor en los casos de gestación por sustitución, es entender cómo funciona la filiación de los menores, y en qué casos puede darse y cuáles no. Para ello, es esencial la 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.

Esta instrucción, de hecho, propugna el interés superior del menor en todo caso, así como el resto de los intereses existentes en los casos de gestación subrogada. Del mismo modo, establece los criterios precisos para la filiación en el Registro Civil español en los casos de gestación por sustitución, siempre que, como mínimo, uno de los progenitores de intención sea de nacionalidad española. No obstante, establece dos condiciones *sine qua non* que deben cumplirse para que la filiación pueda, efectivamente, entrar en la plenitud de su fuerza. En primer lugar, “la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de

menores”. En segundo lugar, se da la exigencia de que no se vulnere el derecho del menor de edad a conocer su origen biológico (Dirección General de los Registros y del Notariado [DGRN], 2010).

Partiendo de esta base, que desde el punto de vista constitucional y del Estado de Derecho es fundamental, la Instrucción acuerda y establece las directrices necesarias para poder proceder a la filiación de un hijo nacido por gestación subrogada en los supuestos en los que, al menos, uno de los progenitores de intención sea español. A continuación se explica el contenido de estas directrices.

En primer lugar, únicamente podrá realizarse la inscripción del menor de edad si se presenta, anexa a la solicitud de inscripción, una resolución por parte de un Tribunal con la competencia necesaria “en la que se determine la filiación del nacido” (DGRN, 2010). Ahora bien, esta resolución, al ser extranjera, deberá ser objeto de exequátur, conforme al procedimiento que la legislación española —específicamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil— prevé. En consecuencia, a parte de la solicitud de inscripción y de la resolución del tribunal extranjero, es preciso, del mismo modo, el auto que ponga fin al procedimiento de exequátur.

En palabras de Hoyos (1996), un Estado, al ejercer la soberanía en un territorio definido, no debería poder dictar sentencias que tengan efectos en otros países (pág. 167). Sin embargo, el carácter internacional de la justicia dificulta el mantenimiento de este principio.

Con tal de paliar esta duplicidad de soberanías, existe el exequátur, que vendría siendo un método de aceptación de la eficacia de los documentos extranjeros con una declaración previa por parte del país receptor por la cual admite o estima oportuna la misma, por el cumplimiento de determinadas características. No en vano, parece obligatorio que, para aceptar la filiación de un hijo nacido por gestación subrogada en otro país, se lleve a cabo el procedimiento de exequátur preciso.

A pesar de lo expuesto, hay que tener en cuenta que, para los supuestos en los que determinada resolución extranjera tenga su base en un procedimiento análogo al del Estado español, el encargado del Registro Civil tiene la opción de proceder mediante el reconocimiento incidental. De acuerdo con la DGRN, “el 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” (DGRN, 2010).

Por último, no se aceptará en ningún caso la filiación si no consta la identidad de la madre gestante. De este modo, la Dirección General de los Registros y del Notariado busca evitar situaciones en las que haya involucrado un comercio o tráfico de menores en los que la transacción del menor se haya hecho de forma ilícita.

No obstante, esta Instrucción de la Dirección General de los Registro y del Notariado no goza de absoluta autoridad, puesto que, en algunos casos, se ha llegado a negar la filiación del hijo en favor de los padres de intención. Esta ausencia de reconocimiento de pronunciamientos extranjeras suele tener su base y fundamento en la contrariedad con el orden público del Estado Español (STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, FD3).

CAPÍTULO V. LA GESTACIÓN SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA PERSONA.

A pesar de que el presente trabajo trate la gestación subrogada desde el punto de vista contractual, conviene, además, hacer una breve referencia a los aspectos morales y éticos, a menudo ligados con aspectos religiosos, de dicho fenómeno jurídico, con atención a los derechos conflictivos que se ven enfrentados y a los motivos éticos que han llevado, indirectamente, a que el legislador español optase por la prohibición de esta práctica.

1. DERECHOS CONFLICTIVOS ENFRENTADOS.

Como ya se ha explicado en epígrafes anteriores, la gestación subrogada es una situación jurídica que implica una red de derechos que colisionan entre sí, dificultando su máximo disfrute. Ahora bien, estos derechos son múltiples y de naturaleza muy compleja. No en vano, el presente apartado repasará, de forma sucinta y concisa, los que más trascendencia tienen en los procedimientos de gestación por sustitución.

1.1. El Derecho a la Reproducción

En primer lugar, los padres de intención que tratan de tener un hijo mediante este método buscan hacer efectivo un posible “derecho a la reproducción”, cuya existencia parece haber sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuyo contenido incluye la posibilidad de usar técnicas de reproducción humana asistida para lograrlo. En parte, este derecho es una salvaguarda para los supuestos de infertilidad de algunas relaciones, así como para la máxima aplicación de los derechos igualitarios y no discriminatorios que permiten, entre otros, a las parejas homosexuales tener un hijo que sea genéticamente suyo (Valero, 2019, pág. 425).

Ahora bien, existe la cuestión de si este derecho contiene obligaciones positivas o negativas para el Estado, es decir, si se considera cumplido por la mera no injerencia por parte del Estado o si, por el contrario, es preciso la adopción de medidas necesarias para que se pueda llevar a cabo. Esta duda parece resolverla el *Caso Dickson v. Reino Unido*, que establece que “el Estado no debe únicamente abstenerse de toda interferencia en el derecho reproductivo, sino que, además, debe adoptar las medidas necesarias que respeten la vida familiar y privada en las relaciones entre individuos” (traducción propia, TEDH, 44362/04, *Case of Dickson v. the United Kingdom*, 2007, párr. 70).

Ahora bien, es preciso tener presente que, aunque la propia Ley 14/2006 sea sobre técnicas de reproducción humana asistida, la gestación subrogada no es, *per se*, una de ellas. En palabras de Valero (2019), estamos, más bien, ante una “práctica que requiere de la reproducción asistida para su efectividad”. Por ende, la consecuencia lógica es que la gestación subrogada no puede, en ningún caso, considerarse parte del derecho a la reproducción.

1.2. La autonomía de la voluntad contrapuesta a los derechos de la mujer gestante.

La verdadera colisión de derechos en los contratos de gestación subrogada se da cuando se encuentran de frente la autonomía de la voluntad de la gestante frente a los derechos morales de la persona, como pueden ser el derecho a la dignidad o el derecho a la integridad.

En cuanto a la autonomía de la voluntad se refiere, existen dos consideraciones o perspectivas: por un lado, la voluntad de los padres de intención de ser, efectivamente, padres; por otro lado, la voluntad de la gestante de prestarse para la subrogación. La voluntad, de hecho, es un aspecto esencial de la maternidad. En concreto, como explica Pereña (2012), aunque una madre “puede haber concebido un hijo aportando su óvulo, gestarlo y parirlo, si no tiene voluntad de ser madre, jurídicamente no lo será” (pág. 134). Del mismo modo, una persona que no ha aportado material genético ni biológico puede ser madre, a través de instituciones como la adopción. De ello se puede deducir que, más que el aspecto genético y biológico, el factor de la voluntad es el más importante a la hora de hablar de filiación y maternidad.

Ahora bien, más que la autonomía de la voluntad, el verdadero problema que encuentra esta práctica para encontrar aprobación unánime es su confrontación con derechos como la dignidad o la integridad física o moral. De una forma más específica, Valero (2019) asegura que la defensa de la subrogación basada en la autonomía de la voluntad de la gestante no puede “amparar conductas que sean contrarias a las demandas de la dignidad de la persona que, por esencia, es irrenunciable” (pág. 431). Es decir, que, de algún modo, la irrenunciabilidad de la dignidad —por su naturaleza humana, que exige invulnerabilidad— prima por encima de la autonomía de la voluntad de la mujer para los defensores de esta vertiente del debate.

De un modo similar, el derecho a la integridad física y moral también se ve gravemente influido por la gestación por subrogación. En concreto, Bartolomé (2017) advierte tres aspectos que serán esenciales para determinar la integridad de la gestante: el sometimiento a un tratamiento de reproducción asistida, la asunción física y psicológica de un embarazo y la ruptura del apego con un bebé gestado (pág. 8). Tanto la dignidad de la persona como su integridad física y moral son derechos tan esenciales y fundamentales para la consideración del individuo, que es preciso atender a la ética que trata de resolver la confrontación de estos derechos.

2. LOS MOTIVOS ÉTICOS EXPUESTOS POR PARTE DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA.

El Comité de Bioética de España es un órgano colegiado que goza de plena independencia y realiza, entre otras, las recomendaciones y propuestas necesarias —generalmente, a través de informes— sobre temas relevantes desde el punto de vista de sus implicaciones bioéticas. No en vano, está adscrito al Ministerio de Sanidad español y tiene siempre, influencia, en la sociedad española. En concreto, es importante destacar la labor realizada mediante el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, de 2017, al que dedican la parte II a los aspectos éticos de esta situación jurídica.

Hay que tener en cuenta que la posibilidad de llegar a un acuerdo común entre los distintos Estados que unifique la regulación en torno a la gestación subrogada es prácticamente nula, en especial por la multiplicidad de posturas que hay sobre ella. No en vano, resulta complejo decantarse por una posición unánime, pero existe la posibilidad de ajustarse a las necesidades democráticas de un ordenamiento jurídico concreto; en este caso, el español.

El Comité considera que, últimamente, la conexión entre maternidad y parto ha dificultado sobremanera la libertad e igualdad procreativa, especialmente en términos de técnicas de reproducción humana asistida. Esta es una perspectiva relativamente innovadora, puesto que, históricamente, siempre había existido la concepción que afirma que la maternidad viene determinada por el parto. No obstante, también considera que los argumentos que acompañan esta postura son, más bien, endebles. Por un lado, desde una perspectiva generacional, “se ha corroborado que la mejor garantía para el desarrollo del

niño era atribuir la maternidad legal a quien lo había parido” (Comité de Bioética de España [CBE], 2017). Por otro lado, queda pendiente demostrar que el interés superior del menor se satisface separando la maternidad legal y biológica.

En cuanto a la voluntad de los padres de intención, el Comité expresa la posible mutabilidad de esta voluntad, al indicar que esta puede cambiar con el tiempo y con las circunstancias. En ocasiones, no es sencillo visualizar las obligaciones que pueden traer consigo los deseos y no se puede, ni mucho menos, decir que “el deseo es garantía de cumplimiento de los compromisos contraídos” (CBE, 2017). En conclusión, desvincular la maternidad del parto no parece una opción compatible con las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico.

Además, con independencia de los conflictos de intereses que pueden aparecer entre la gestante y los padres de intención, es prácticamente categórico que las conveniencias de cada una de las partes son distintas o, incluso, opuestas entre sí. Mientras que los padres de intención tratarán de obtener un hijo en plenas condiciones y reducir costes, la gestante buscará disminuir al máximo su implicación emocional y, en determinados supuestos, lograr un lucro. En palabras del Comité, “proceder de esta manera se asemeja bastante a una compraventa de niño” (CBE, 2017).

En conclusión, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español y teniendo en cuenta todo el contexto social, político e histórico que rodea nuestro Estado, es indudable que existen argumentos en contra de la legalización de esta práctica, arraigados en nuestra sociedad. No resulta sorprendente, pues, que el legislador haya optado por esta postura mediante la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Los motivos éticos expuestos *supra*, junto a la confrontación de derechos explicada en el apartado anterior, conducen a una visión específica que orienta, en cierto modo, la decisión del Estado español de prohibir la gestación subrogada en el territorio estatal. Ahora bien, esta opinión, como bien se ha mencionado, no es unánime y el resto de los países no tienen por qué compartirla. Conviene, pues, investigar cómo se regula esta técnica en otros sistemas legales.

CAPÍTULO VI. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.

Como se viene mencionando en capítulos anteriores, la gestación por subrogación es una de las situaciones jurídicas cuya diversidad de posturas genera, necesariamente, una diversidad legislativa en el Derecho Comparado, dando lugar a enfoques completamente distintos por parte de los sistemas jurídicos de los Estados.

El Estado Español, como demuestra el análisis del presente trabajo, goza de un sistema cerrado, que difiere de los sistemas abiertos y semiabiertos que se pueden encontrar alrededor del mundo. No en vano, merece la pena realizar un resumen del punto de vista de países que orientan la gestación subrogada de otro modo, como es el caso de Rusia y Canadá. Por último, también resulta interesante observar cómo funciona este fenómeno desde la perspectiva de los Estados Unidos de América, cuya división estatal genera pluralidades legales.

1. LA GESTACIÓN SUBROGADA LEGAL TANTO EN FORMA RETRIBUIDA COMO ALTRUISTA. EL CASO DE RUSIA.

La gestación subrogada es una técnica permitida en Rusia en virtud de su Código de Familia¹⁶, cuyo artículo 51.4 establece que:

“Married persons who have given their consent in written form to the artificial fertilization or to the implantation of the embryo, shall be written down in the Register of Births if a child is born as a result of the application of these methods, as this child's parents. The married persons who have given their consent in written form to the implantation of an embryo in another woman for bearing it, may be written down as the child's parents only with the consent of the woman who has given birth to the child (of the surrogate mother)” (Duma, 1995)¹⁷.

En consecuencia, la gestación subrogada es una posibilidad en la Federación Rusa que, de acuerdo a la redacción del texto legal, al no especificar diferencia entre los contratos gratuitos y aquellos que la regulen de forma onerosa, permite ambas modalidades. No obstante, este artículo es más bien general y no es suficiente para entender cómo funciona

¹⁶ Ley núm. 223-FZ, de 29 de diciembre de 1995.

¹⁷ Versión en inglés.

la gestación subrogada en Rusia, así que es preciso adentrarse un poco más en la legislación y en la jurisprudencia estatal. En concreto, la Ley Federal sobre las Bases de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa¹⁸ regula, de una forma más cercana, el funcionamiento de este procedimiento.

En concreto, el artículo 55, en su apartado noveno, define la gestación subrogada como “la gestación y el nacimiento de un niño (incluido el nacimiento prematuro) en virtud de un acuerdo celebrado entre una madre subrogada (una mujer que lleva un feto después de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales cuyas células germinales se utilizaron para la fertilización, o una mujer soltera, para la cual el embarazo y el nacimiento de un hijo es imposible por razones médicas”. De forma indirecta, no obstante, se está permitiendo únicamente la modalidad gestacional, puesto que de la definición prevista en este artículo se desprende que ambos padres deben proveer el material genético necesario para la fecundación del niño.

El apartado décimo del mismo artículo describe, además, las exigencias mínimas que debe cumplir la gestante para poder serlo. En concreto, los requisitos que se exponen son los siguientes:

- i. La gestante debe tener entre 20 y 35 años.
- ii. La gestante debe tener, al menos, un hijo propio sano.
- iii. La gestante debe recibir un certificado médico sobre un estado de salud satisfactorio.
- iv. La gestante debe haber dado su consentimiento voluntario informado por escrito.

Supletoriamente, se establecen dos exigencias más, de carácter más condicional. En primer lugar, en caso de que la mujer esté casada, únicamente puede ser madre subrogada con el consentimiento expreso de su esposo. En segundo lugar, es incompatible temporalmente la gestación por subrogación con ser donante de óvulos.

En conclusión, a pesar de ser un régimen que acepta la modalidad comercial, es ciertamente más taxativo con las exigencias requeridas a la gestante. Por descontado, esta regulación siempre cuenta con críticas en el orden internacional, por considerarse que incita a la comercialización del cuerpo de la gestante y del propio menor de edad. No

¹⁸ Ley núm. 323-FZ, de 21 de noviembre de 2011.

obstante, siempre ha sido uno de los destinos del “turismo reproductivo” al que se ha hecho referencia previamente, junto con otros países que comparten un sistema legislativo similar, como Ucrania.

Recientemente, sin embargo, conviene mencionar que la Cámara Alta del Parlamento ruso ha prohibido el acceso a este método de reproducción para ciudadanos extranjeros. De acuerdo con la nueva legislación, la gestación subrogada será únicamente posible para ciudadanos rusos que estén casados y mujeres solteras que, por motivos de infertilidad, no puedan gestar por sí solas. Vichaeslav Volodin, a la sazón presidente de la Duma Estatal, alegó que, mediante esta nueva regulación, se prevendrá en cierto modo la trata de niños, aunque también ha señalado que de esta manera, se protegerá a los niños de familias homosexuales.

2. LA GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA COMO ÚNICO MÉTODO LEGAL Y ESTRICTAMENTE REGULADO. EL CASO DE CANADÁ.

La legislación canadiense, en especial a través del Assisted Human Reproduction Act¹⁹, permite la existencia de las madres subrogadas, a las cuales define como cualquier mujer que —con la intención de subrogar el hijo resultado del parto a un tercero— lleva un embrión o un feto concebido por medios de reproducción humana asistida, derivado de los genes de un donante.

Esta definición debe completarse con la acotación que realiza la ley al establecer una prohibición expresa de la gestación subrogada onerosa, al indicar que “nadie puede pagar a una mujer para que se convierta en madre subrogada, ofrecerse a pagar por ello ni anunciar que está dispuesto a pagar por ello”. La única modalidad permitida es, por tanto, la altruista. Aunque esta regulación también cuente con algunas críticas (en especial porque la mujer gestante sigue empleando su cuerpo), responde de manera mucho más positiva que los modelos que tienen Rusia o Ucrania.

De este modo, Ucrania ha intentado evitar, a toda costa, que la razón por la que la gestante se presta a ofrecer su cuerpo para gestar a un hijo sea la necesidad pecuniaria. De un modo un tanto generalizado, se podría decir que la única forma que prevé el gobierno canadiense de subrogar hijos es la donación, de modo que la compraventa no es una opción viable

¹⁹ S.C. 2004, c.2, de 29 de marzo de 2004.

para la gestación subrogada en ningún caso. De todos modos, es preciso indicar que la regulación canadiense de gestación subrogada no se limita a prohibir la modalidad onerosa, sino que establece algunos parámetros legales para un adecuado procedimiento de dicha práctica.

A título de ejemplo, resulta digna de mención la prohibición de ofrecerse como intermediario entre padres de intención y madre gestante. Conforme a la legislación de Canadá, una persona externa no puede coordinar los servicios de una madre de alquiler ni ofrecerse a ello. Del mismo modo, tampoco puede publicitar la gestión de dicha práctica.

Por último, aunque la Ley no prohíba a mujeres menores de 21 años convertirse en madres gestantes en un contrato de gestación subrogada, sí que prohíbe que terceros les induzcan, aconsejen o propongan serlo. De este modo, se está reduciendo considerablemente que personas menores de 21 sean gestantes de un procedimiento de gestación subrogada, sin alterar sustancialmente su autonomía de la voluntad.

3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN UNA FEDERACIÓN DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL. BREVE REFERENCIA AL CASO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Los Estados Unidos de América es el país que más tiempo lleva facilitando los procedimientos de gestación subrogada. Sus cuatro décadas de experiencia han hecho que la mayoría de los ciudadanos que residen en países donde la gestación subrogada está prohibida opten por él. Es, por ende, el país con un mayor turismo reproductivo, en parte porque su legislación es de las más laxas y menos restrictivas. Ahora bien, no existen leyes federales que regulen la gestación subrogada en Estados Unidos, lo que tiene como consecuencia una pluralidad legislativa que divide los Estados en tres categorías.

En primer lugar, existen estados que regulan la gestación subrogada prohibiéndola expresamente, como Míchigan y Nueva York. Estos estados se conocen, por sus términos en inglés, como *non-surrogacy friendly States*. Por lo general, prohíben los contratos de gestación subrogada de forma expresa en estatutos o leyes estableciendo multas y penas criminales para individuos que traten, de algún modo, regular un contrato de gestación subrogada en su territorio.

En segundo lugar, existen estados que permiten la gestación subrogada pero que, de alguna manera, se ve limitada por la imposición de determinados requerimientos o modalidades de la misma. En el ámbito de esta categoría recaen la inmensa mayoría de estados, entre los que podemos nombrar Colorado, Minnesota o Nuevo México. Tienen distintos niveles de protección y laxitud y los resultados de los casos de gestación subrogada no son muy numerosos, pero las leyes estatales les permiten realizar esta práctica.

Por último, del modo en que hay estados que prohíben la gestación subrogada y otros que la permiten restrictivamente, existen diez estados (entre los que podemos nombrar California o Nevada) que tienen un historial muy extenso de casos de gestación subrogada por sus amplias posibilidades en términos de subrogación reproductiva. Estos estados se conocen como *Surrogacy-friendly States* y permiten la gestación tanto en su modalidad comercial como en la altruista. También se incluyen en esta categoría Estados sin regulación expresa al respecto, si bien es cierto que en dichos estados esta técnica reproductiva se considera más arriesgada.

CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES.

A lo largo del presente trabajo, se ha presentado el concepto de gestación subrogada desde un punto de vista legal, atendiendo a su concepción como contrato en el Estado Español y en el orden internacional en general. Para ello, ha resultado preciso explicar los sujetos que se ven involucrados en la situación, los caracteres que identifican esta práctica y las modalidades en que puede ejercerse. Esto nos ha permitido distinguir diversos sistemas jurídicos en el panorama internacional y definir, de forma precisa, su contenido en el derecho español.

A continuación, se ha analizado en profundidad el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y se ha logrado compaginar con la opinión del Tribunal Supremo acerca del interés superior del menor y la inscripción de la filiación que permite nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado.

Una vez explicados los motivos éticos y los derechos enfrentados que forman parte inequívoca de esta situación jurídica, ha sido posible adentrarnos de lleno en el derecho comparado, donde se ha ofrecido una perspectiva general de los distintos sistemas legislativos que pueden existir en el sistema internacional. Todo ello nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones.

La gestación subrogada es una situación que involucra cuestiones morales, problemas éticos, factores religiosos, aspectos médicos y complicaciones jurídicas. Se trata, por tanto, no solo de un fenómeno multidisciplinar, sino de una tesitura que abarca muchas opiniones diversas. De hecho, el complicado entramado de derechos que supone dificulta la uniformidad de criterios, aunque el Estado Español parece haberse posicionado de forma clara en contra de esta práctica.

Este posicionamiento por parte del Estado es, más bien, insuficiente y breve, puesto que el legislador únicamente le dedica un artículo (el reiterado artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) que, con apenas tres apartados declara su nulidad de pleno derecho y consagra el principio del parto como determinante de la filiación. Estos tres apartados resultan son, a decir verdad, exiguos, puesto que no son capaces de contrarrestar una realidad: el hecho de que, en la práctica, la gestación subrogada se sigue dando.

Como se ha explicado, la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada en el Estado Español sólo ha supuesto que las parejas que buscan recurrir a esta práctica deban hacerlo en el extranjero, acudiendo al mencionado turismo reproductivo. La soberanía de nuestro país, limitada al territorio del Estado, es incapaz de impedir que la gente acuda a legislaciones más permisivas o menos laxas en las que la gestación subrogada sea una práctica permitida y/o regulada. Esta circunstancia hace que la regulación española, por la que se busca prohibir este ejercicio de subrogación, sea prácticamente huera e insustancial. De un modo inequívoco se puede aseverar que el objetivo que buscaba el legislador al prohibir la gestación por sustitución no ha sido alcanzado, puesto que se ha encontrado otro cauce que, sin llegar a poder ser calificado como fraude de ley, permite llegar a un resultado idéntico.

La consecuencia práctica de ello es que se genera una situación de inseguridad jurídica en la que, de una forma indirecta, no se respeta la legislación de un Estado que propugna la justicia como valor fundamental y que se consagra como un Estado de Derecho. El mero hecho de que las parejas puedan ir a otro país y volver con un hijo “extranjero” crea una situación de desprotección jurídica hacia el menor, cuya filiación no puede ser, a priori, determinada en nuestro país.

La Dirección General de los Registros y del Notariado trató de paliar estas severas consecuencias mediante una instrucción que permitía la filiación de dichos menores en el caso de que se cumplieran determinados requisitos. No obstante, el propio Tribunal Supremo se ha posicionado en contra de esta posibilidad por no respetar el orden público español, mediante unos argumentos que, en mi opinión, son insuficientes para alcanzar el interés superior del menor. El estado civil de la menor edad debe ser, por la naturaleza y las circunstancias de su titular, el más protegido por parte tanto de la legislación como de la jurisprudencia española.

Ello no quiere decir que el Estado Español y su legislador deba dar su brazo a torcer en los términos en los que se pronunció en contra de la gestación subrogada, y mucho menos cuando se trata de una situación que se ha confirmado que está en contra de los valores del Estado y del orden público estatal. La solución parece, pues, que debe venir desde un punto de vista internacional. Ahora bien, si la uniformidad de posturas en cuanto a esta práctica ya es imposible dentro de un solo país, es mucho menos posible unificar la consideración internacional de la gestación subrogada.

La multiplicidad de opiniones confrontadas en el sistema internacional impide que pueda darse un Tratado Internacional que puedan ratificar todos los estados. Más aún cuando se ha estudiado que existen países que se posicionan en contra de alguna modalidad pero en favor de otra. Es decir, más que estar ante dos posiciones —a favor o en contra—, estamos ante una situación que da lugar a una pluralidad de posturas.

Por ello, para el Estado Español, lo más apropiado es comenzar pactando convenios bilaterales con los países a los que un mayor número de ciudadanos españoles recurran cuando quieran acceder a una gestación por sustitución. En especial, el paso que debería dar España debe estar dirigido a regular las relaciones con países como los Estados Unidos de América o Ucrania, de forma bilateral y separada, de modo que haya mayor facilidad para la negociación y el acuerdo.

El Estado Español no puede mantener el criterio actual sin modernizar la legislación que regula la gestación subrogada tanto dentro de sus fronteras como fuera de ellas. Sin embargo, es innegable que estamos ante una situación compleja, difícil de abordar y con muchas circunstancias a tener en cuenta, que impiden un desarrollo sencillo del progreso normativo y que suponen un obstáculo en la búsqueda de los objetivos del legislador de respetar los valores constitucionales y el orden público español.

BIBLIOGRAFÍA

a) Legislación:

Canadá. S.C. 2004, Assisted Human Reproduction Act, de 9 de junio de 2020 (Loi sur la procréation assistée).

España. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de octubre de 2010, núm. 243.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de mayo de 2006, núm. 126.

España. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de diciembre de 1988, núm. 274.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de mayo de 1996, núm. 281.

España. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 16 de julio de 2019, Grupo Parlamentario Ciudadanos.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 16 de agosto de 1889, núm. 206.

Rusia. Ley 223-FZ, de 29 de diciembre de 1995, por la que se crea el Código de Familia de la Federación Rusa.

Rusia. Ley 323-FZ, de 21 de noviembre de 2011, sobre las Bases de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa.

Unión Europea. (2015). Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229INI).

b) Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022 (Sala de lo Civil, Pleno), de 31 de marzo de 2022, recurso de casación núm. 907/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013 (Sala de lo Civil, Pleno), de 6 de febrero de 2014, recurso de casación núm. 245/2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007). Application no. 44362/04, 2007, Case of Dickson v. the United Kingdom.

c) Obras doctrinales:

Barber Cárcamo, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 8, pp. 25-37.

Bartolomé Tutor, A. (2017). Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data. *Revista Iberoamericana de Bioética*, núm. 6, pp. 01-13.

Bustamante Quan, Y. y Karchmer, S. (2019). Gestación subrogada: conceptos actuales. *Acta Médica Grupo Ángeles*, núm. 17, pp. 62-66.

Cazorla González-Serrano, M.C. (2017). La protección jurídica del nasciturus en el ordenamiento jurídico español. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 15.

Comité de Bioética de España (2017). Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada.

Duque Pérez, A. (2008). Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, núm. 108, pp. 453-479.

Gómez Gómez, M. (2019). La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado. *Instituto Complutense de Estudios Internacionales*.

- González Gerpe, D. (2018). Gestación Subrogada: aspectos psico-sociales. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, pp. 21-40.
- Grecia Ardiles, R. (2009). Nulidad del acto jurídico. *Anales Científicos UNALM*, vol. 70, núm. 3, pp. 43-49.
- Hernández Fraga, K. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 6, pp. 27-46.
- Hernández, L.M. (2008). La gestación: proceso de preparación de la mujer para el nacimiento de su hijo(a). *Avances en enfermería*, vol. 26, núm. 1, pp. 97-102.
- Hoyos Muñoz, J. (1996). La sentencia extranjera. El exequátur. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 97, pp. 166-186.
- ICMART y OMS. (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).
- Marrades Puig, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 1, pp. 219-241.
- Matia Portilla, F.J. (2019). ¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?. *Revista de Derecho Político*, núm. 105, pp. 81-125.
- Muñoz Catalán, E. (2017). El concebido no nacido o nasciturus ante el gran número de llamados a la herencia por el Covid-19 en A. Nadal (Ed.), *Covid-19. Investigaciones sobre las consecuencias sociales, políticas, económicas y en la organización escolar*. Grupo Eumed.
- Pereña Vicente, M. (2012). Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 6, núm. 29, pp. 130-149.
- Rosero Muñoz, M.G. (2020). El propósito de la reclamación de la paternidad. *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 20, pp. 288-316.

- Silva y Perkumiene (2021). Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del Derecho comparado. *Derecho Global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol. 7, núm. 19, pp. 143-165.
- Valero Heredia, A. (2019). La Maternidad Subrogada: un asunto de Derechos Fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, pp. 421-440.
- Velázquez, L. (2018). Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 26, pp. 15-25.
- Vilar González, S. (2019). La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, pp. 815-823.
- Vivas Tesón, I. y de Holanda, M.R. (2021). La gestación subrogada en España y en Brasil: un estudio comparado. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 55, pp. 123-156.